

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXVII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

CAMILLE ANDRESSA CORRÊA DA SILVA

**A DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL DO § 4º DO ARTIGO 1228 DO CÓDIGO
CIVIL.**

**CURITIBA
2009**

CAMILLE ANDRESSA CORRÊA DA SILVA

**A DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL DO § 4º DO ARTIGO 1228 DO CÓDIGO
CIVIL.**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Evandro Portugal

**CURITIBA
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO

CAMILLE ANDRESSA CORRÊA DA SILVA

A DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL DO § 4º DO ARTIGO 1228 DO CÓDIGO CIVIL.

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, 30 de outubro de 2009.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 POSSE, PROPRIEDADE E CONSTITUIÇÃO	8
2.1 O REFLEXO DA CONSTITUIÇÃO NO CONCEITO DE POSSE E PROPRIEDADE.....	10
2.2 A FUNÇÃO SOCIAL E SUAS BASES.....	11
2.2.1 Moradia e ordem econômica.....	13
2.2.2 Propriedades urbana e rural.....	14
3 O CÓDIGO CIVIL DE 2002	15
3.1 LHERING E SAVIGNY.....	15
3.2 REFLEXOS DAS DUAS ORIENTAÇÕES NO CÓDIGO CIVIL.....	16
3.2.1 A desapropriação judicial <i>in natura</i>	19
3.2.2 Usucapião <i>in natura</i>	21
4 NOVA FORMA DE AQUISIÇÃO E/OU PERDA DA PROPRIEDADE?...	24
4.1 <i>TERTIUM GENU</i>	24
4.2 TEORIAS.....	26
4.2.1 Desapropriação. Posse trabalho. Indenização.....	27
4.2.2 Crítica.....	29
4.3 USUCAPIÃO “ESPECIAL” COLETIVO. ESTATUTO DAS CIDADES.....	30
4.3.1 Críticas.....	32
4.4 CONTRA-DIREITO. CONVERSÃO EM PERDAS E DANOS.....	33
4.4.1 Crítica.....	35
5 A DESAPROPRIAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL	36
5.1 CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.....	37
5.2 CONSTITUCIONALIDADE.....	38
5.3 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS.....	39
5.3.1 Imóvel reivindicado.....	40
5.3.2 Extensa área.....	41
5.3.3 Considerável número de pessoas.....	42
5.3.4 Houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços.....	45

5.3.5 Interesse social e econômico relevante.....	46
5.4 A INDENIZAÇÃO.....	46
5.4.1 Dever de quem?.....	47
5.4.2 Justeza.....	50
5.5 DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL. PROCEDIMENTO COMUM.....	51
5.5.1 Partes.....	52
5.5.2 Possibilidade de pedido alternativo ou sucessivo.....	54
6 CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS.....	58

RESUMO

A monografia tem cinco capítulos, estruturados em cronologia de especificação sobre o tema .

No primeiro capítulo, será abordado o tema da desapropriação judicial sob perspectiva constitucional, ao que se seguirá o segundo, com a perspectiva civilista do objeto do trabalho. Imprescindível a menção às teorias de Lhering e Savigny sobre propriedade e posse, com o fim de compreender a natureza jurídica controvertida da desapropriação judicial do § 4º do art. 1228 do Código Civil.

Na construção do raciocínio, o terceiro parágrafo abordará as três teorias que explicam, sob diferentes justificativas, em que consiste a desapropriação judicial, quais sejam, a desapropriação como posse-trabalho; como usucapião especial coletivo e como contra-direito.

Finalizando a abordagem sobre o tema, o quinto parágrafo esmiuçarás as características legais da desapropriação judicial, que se verá ser formada, na quase totalidade, por conceitos jurídicos indeterminados.

A conclusão, sem pretensão de adotar uma ou outra teoria, tratará do tema sob a visão constitucional incorporada ao código civil de 2002 inerente à função social da propriedade.

Palavras-chave: desapropriação, função social, conceitos jurídicos indeterminados.

1 INTRODUÇÃO

O Código Civil de 2002, com seu parágrafo 4º, possibilitou que o Judiciário, consubstanciado na pessoa física do agente público juiz, pudesse declarar, a seu arbítrio, a partir de conceitos jurídicos abstratos, que determinada terra serviria ao “*interesse social e economicamente relevante*” de terceiros.

A disciplina do art. 1.228, §§ 4º e 5º tem sido tratada pela maioria da doutrina como desapropriação judicial, embora a própria norma legal não tenha conceituado o instituto. É definição que, para ser compreendida, será confrontada com a forma de aquisição da propriedade, a usucapião, e com a forma de perda da propriedade, a desapropriação.

O confronto revelará que a desapropriação do código civil prevê requisitos da usucapião, mas impõe dever de indenizar o proprietário do imóvel em vias de desapropriação, elemento típico da desapropriação constitucional.

O que é certo, contudo, são os elementos taxativos da desapropriação judicial: posse ininterrupta e de boa fé, por mais de 5 (cinco) anos, de considerável número de pessoas, que tenham realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços, considerados de interesse social e econômico relevante, mediante justa indenização ao expropriado.

Somados os elementos de definição certa aos conceitos jurídicos indeterminados e a naturezas jurídicas para todos os gostos, perceber-se-á que os requisitos da usucapião que o legislador enumera como necessários ao pronunciamento judicial que declara a desapropriação são forma de cuidar do fim precípua da

Constituição, qual seja, o atingimento do interesse social e da utilidade pública por meio da concretização da função social.

2 POSSE, PROPRIEDADE E CONSTITUIÇÃO

O legislador constitucional não definiu de forma expressa seja o que é propriedade, seja o que é posse. Mas é possível sua conceituação a partir do que as teorias de Ihering e Savigny contribuíram para a formação do direito das coisas, como se verá no capítulo seguinte.

No que diz respeito à relação posse e Constituição, a posse tem sua definição relacionada à função social, à idéia de que ela por si só é suficiente para fazer frente à propriedade do detentor do domínio, já que a exteriorização do seu conceito se personifica no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III da Constituição Federal) e no atingimento dos objetivos fundamentais da república de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos (vide art. 3º e incisos da Constituição Federal).

Como observa Gustavo Tepedino¹:

A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que,

¹ TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes (coordenador). *Estudos em homenagem ao Professor Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 25.

até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para a emanção de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade. [...] Tal conclusão oferece suporte teórico para a correta compreensão da função social da propriedade, que terá, necessariamente, uma configuração flexível, mais uma vez devendo-se refutar os apriorismos ideológicos e homenagear o dado normativo.

A propriedade, por sua vez, é a gama de atribuições pela qual o detentor do título de domínio pode exercer os poderes de usar, gozar, dispor e fruir do bem. A diferença em relação à posse é que, embora mais ampla, por envolver conjunto de possíveis atribuições, a propriedade, com o advento do estado social, sofreu limitação significativa. A idéia de função social, de constitucionalização do direito civil pôs fim ao exercício da propriedade ao bel prazer de quem a possuía.

E é pela concretização da função social da propriedade que o interesse individual do titular do domínio deve se submeter ao bem-estar geral da coletividade. O título aquisitivo não basta por si só. A ele se sobrepõe o dever do proprietário de, ao utilizar o feixe dos poderes que integram o direito de propriedade, esteja sensibilizado com o dever social imposto pela Constituição e pelo pensamento do Estado Social.

Daí porque o Código Civil e a Constituição, por meio da desapropriação ou da usucapião, criaram institutos que tornam viável a proteção do possuidor de boa-fé que integra a propriedade alheia a seu meio de vida, ainda que em detrimento do proprietário com justo título.²

² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito reais*. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2004, v.5, p. 35.

2.1 O REFLEXO DA CONSTITUIÇÃO NO CONCEITO DE POSSE E PROPRIEDADE

Como afirmado na introdução, a propriedade e a posse sofrem influência da Constituição³ que por meio de princípios orienta a concretização do direito privado.

A noção de função social é soberana.

O artigo 170:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social...III - função social da propriedade...

O artigo 5º, XXII e XXIII:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:... XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social...

Não é única, todavia.

Também devem ser levados em conta a ordem econômica em sua noção de existência digna em obediência à justiça social; e a viabilização da política urbana, política fundiária e da reforma agrária.

A usucapião urbana na Constituição:

³ ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no Projeto do Código Civil. In: COSTA, Judith Martins (org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002, p. 66.

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

A usucapião rural, também na Constituição:

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

E é claro, sem deixar de lado, seja a propriedade ou a posse, o direito ambiental:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Tudo com o objetivo de conferir à posse a autonomia necessária para subjugar o direito de propriedade mal utilizado.

2.2 A FUNÇÃO SOCIAL E SUAS BASES

A função social nasceu com o fim do direito absoluto. Sua origem data da ascensão do direito burguês após a Revolução Francesa, momento em que as

características privatistas-individualistas que impregnavam a ordem jurídica antes da chegada do Estado Social deixaram de ter força⁴.

A Constituição de 1988 nada mais fez do que normatizar a idéia de bem estar social, com a garantia do direito de propriedade como direito fundamental, mas com o condicionamento desse direito ao atendimento da função social (conforme art. 5º, incisos XXII e XXIII, já citados).

É o momento histórico em que os fundamentos, os objetivos e os princípios constitucionais são invocados simultaneamente. Toda a Constituição se vincula à atuação da propriedade ao atingimento dos objetivos fundamentais da República em construir uma sociedade livre, justa e solidária; em garantir o desenvolvimento nacional; em erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais; em promover o bem de todos, e esse conjunto em nome da tutela da dignidade da pessoa humana.

A Constituição, no inciso III do artigo 1º:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;...

E o artigo 3º, *caput*, do mesmo diploma:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 69.

Dessa somatória de elementos, a legislação, leia-se o Código Civil, extrai os parâmetros normativos para circunscrever o alcance da função social da propriedade.

2.2.1 Moradia e ordem econômica

O direito à moradia (CR, art. 6º, caput⁵), por exemplo, concretiza o princípio da dignidade humana. E caminha ao lado da ordem econômica (CR, art. 170, caput, e incs. II e III), com a noção de assegurar a existência digna conforme a justiça social a partir da colocação da propriedade a serviço da atividade econômica em atendimento simultâneo a dois princípios da ordem econômica, o da propriedade privada e o da função social.

O objeto do direito à moradia e da observância à ordem econômica encontra assento na propriedade imobiliária urbana (CR, art. 182, caput, e §§ 2º e 4º; 183, caput) e na propriedade imobiliária rural (CR, art. 186 e incs.; 191, caput). Ambas têm o mesmo tratamento constitucional, apenas como peculiaridades próprias.

⁵ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

2.2.2 Propriedades urbana e rural

A propriedade imobiliária urbana é a expressão do desenvolvimento da função social da cidade e do bem-estar dos habitantes dos centros urbanos, incumbência essa do executivo municipal que cumpre a função social ao observar às diretrizes de ordenação do plano diretor no que diz respeito à edificação do solo e a seu uso.

E, em caso de não observância ao plano diretor, o poder público municipal pode exigir do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova o seu adequado aproveitamento, sob pena de contra ele serem tomadas medidas de intervenção na propriedade como o usucapião especial urbano, que protege a posse em detrimento da propriedade mal utilizada⁶.

A propriedade imobiliária rural, por sua vez, também tem proteção constitucional. Mas com outro objetivo, o da condução das políticas agrícola e fundiária e da reforma agrária. E o modo de verificar o atendimento a essas políticas é a observância a critérios *numerus clausus* estabelecidos em lei, quais sejam, os do artigo 186 da Constituição: aproveitamento racional e adequado do solo; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

A Constituição valoriza o trabalho humano que produz na pequena gleba rural, autorizando a aquisição da área por usucapião por quem detenha a posse *ad*

⁶ MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade: Anotações à Lei n. 10.257, de 10-7-2001*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 75.

usucapionem cumulada ao preenchimento de requisitos constitucionalmente previstos (tema do próximo capítulo).

3 O CÓDIGO CIVIL DE 2002

Nada da teorização estruturada a respeito da posse e da propriedade e, mais avançadamente, das formas originárias de aquisição da propriedade seria real se os doutrinadores Lhering e Savigny não tivessem formulado suas teorias.

Teorias que, em princípio, parecem conflitar, mas que se complementam, como se verá no subtópico que segue.

3.1 LHERING E SAVIGNY

A teoria subjetiva de Savigny tinha por premissa que a propriedade não existia sem *corpus*, o controle físico sobre a coisa, aliado ao *animus domini*, ou seja, à vontade de ser dono, de ser titular da coisa como sua⁷.

Segundo VENOSA⁸:

É o animus que distingue o possuidor do simples detentor. O elemento exterior, o corpus, não permite essa distinção, pois aos olhos de terceiros tanto o possuidor, como o detentor, têm relação aparentemente idêntica com a coisa.

⁷ ROQUE, Sebastião José. *Direito das Coisas*, 2. ed., São Paulo: Ícone, 2004, p. 62.

⁸ VENOSA, op. cit., p. 58.

Não levava em conta, contudo, a possibilidade de exercício de alguns dos poderes referentes à posse sem, necessariamente, haver a apropriação física sobre a coisa.

É o que Lhering vislumbrou.

Venosa⁹:

Esse autor principia por negar que o corpus seja a possibilidade material de dispor da coisa, porque nem sempre o possuidor tem a possibilidade física dessa disposição....O importante é fixar o destino econômico da coisa. O possuidor comporta-se como faria o proprietário. O animus está integrado no conceito de corpus.

Lhering analisou a propriedade sobre esse paradigma, inovando ao trazer a visão de que independente da presença ou não do *corpus*.

3.2 REFLEXOS DAS DUAS ORIENTAÇÕES NO CÓDIGO CIVIL

Não é exagero dizer-se que o Código Civil sistematizou as diretrizes do direito possessório a partir das premissas extraídas da *teoria objetiva* de Ihering. É o que indicam a leitura dos artigos 1196 e 1224 do código civil:

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

E

⁹ VENOSA, op. cit., p. 65.

Art. 1.224. Só se considera perdida a posse para quem não presenciou o esbulho, quando, tendo notícia dele, se abstém de retornar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repellido.

Mas essa pureza dogmática é afastada, por exemplo, com relação ao usucapião, que exige, sim, para sua caracterização, o exercício de posse qualificada pelo *animus domini* (ou *animus rem sibi habendi*) e o *corpus*. È o que se vê da leitura conjunta dos artigos 183 e 191, *caput* da Constituição Federal, já transcritos e do artigo. 1.238 do código civil atual.

In verbis:

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Possuidor é quem exerce, de forma plena ou parcial, algum dos poderes inerentes à propriedade em relação a determinado bem (vide artigo 1.196 do código civil). Já o proprietário é o sujeito que tem a faculdade (ou poder) de usar (*jus utendi*), gozar (*jus fruendi*) e dispor (*jus abutendi*) e a faculdade de reaver a coisa de quem injustamente a possua ou detenha¹⁰ (vide artigo 1.228 do código civil).

O direito normatizado considera como possuidor tanto o proprietário (*possuidor proprietário*), quanto o não-proprietário (*possuidor não-proprietário*), já que para ser considerado possuidor basta que o sujeito exerça de forma plena ou parcial os poderes inerentes à propriedade. É o caso do proprietário ou do locatário que tem o *corpus*, premissa que o autoriza a usar e gozar o bem. É o caso, também, do proprietário que,

¹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, v.2. p. 32.

por meio do contrato de locação, transfere o *corpus* ao detentor (noção tratada nos parágrafos seguintes) e, em razão disso, não pode nem usar nem gozar, sendo-lhe lícito, apenas, dispor do respectivo bem.

Quem exerce de forma plena ou parcial algum dos poderes inerentes à propriedade sobre determinado bem, seja ele proprietário ou não, será considerado possuidor, condição que lhe outorga a defesa dessa posse por meio dos interditos possessórios.

Mas há casos em quem tem a apropriação física sobre o bem é detentor. (CC, art. 1.198)¹¹. E só. É o caso do caseiro de uma propriedade, movido por uma relação de dependência segue ordens do possuidor, seja ele direto ou indireto. Apesar do *corpus*, o sujeito só terá detenção (CC, art. 1.198).

A doutrina¹²:

A superioridade da teoria de Lhering repousa exatamente na maior facilidade de distinguir a posse da detenção...Por vezes, no entanto, torna-se imperioso o exame do animus como ocorre no usucapião...em que do usucapiente examina-se a intenção de possuir como dono...Aqui existe ponto de contato com a teoria subjetiva...Também a situação do fâmulo da posse...obriga que se adentre no animus do sujeito. Por essa razão, sustenta-se que, embora o ordenamento tenha adotado a teoria objetiva, abre válvulas para o exame subjetivo das características da posse.

Como se vê, as teorias não se sobrepõem uma a outra. O que há é somatório de contribuições nos conceitos que cada uma, com suas premissas, conseguiram potencializar seu desenvolvimento: a subjetiva e seu conceito de *corpus* e a objetiva com as derivações da posse.

¹¹ MOREIRA ALVES, José Carlos. Detenção no direito brasileiro (conceito e casos). In: CAHALI, Yussef Said (coord.). *Posse e propriedade*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 108.

¹² VENOSA, op. cit., p. 46.

3.2.1 A desapropriação judicial *in natura*

Segundo a constituição/88, a desapropriação é

Limitação que afeta o caráter perpétuo da propriedade, porque é meio pelo qual o Poder Público determina a transferência compulsória da propriedade particular, especialmente para o seu patrimônio ou de seus delegados, o que só pode verificar-se por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição (art. 5º, XXIV).

José Afonso da Silva¹³ subdivide-a em (a) forma de limitação da propriedade e (b) penalidade. Naquela, a indenização é prévia e em dinheiro, enquanto nesta, pela natureza penalizadora que lhe é intrínseca, é em títulos da dívida pública.

Até o código civil de 2002, pelo ordenamento anterior (leia-se a Constituição de 1988), a desapropriação tinha hipóteses pré-determinadas e taxativas, dentre as quais a do § 4º do art. 1228 não estava inclusa, quais sejam: 1) desapropriação pelo uso da terra em decorrência do plantio de substâncias entorpecentes; 2) desapropriação para fins de interesse social; 3) desapropriação para reforma agrária, de competência executiva privativa da União; e 4) desapropriação de imóvel urbano.

O fato é que, independentemente da natureza da desapropriação, havia delimitação legal dos requisitos que, cumulativamente, não observados pelo particular, ensejariam a expedição do decreto de desapropriação:

¹³ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 46.

Art. 186. 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.

Mas a unicidade de critérios não se mantinha quanto à indenização em decorrência da desapropriação. A lei fixava de forma diversa a indenização dessa forma de intervenção do Estado no domínio do particular que afeta a característica da *exclusividade*.

A respeito, segundo José Carvalho Filho¹⁴:

Essa intervenção pode ser categorizada em dois grupos: de um lado, a intervenção restritiva, através da qual o poder público retira algumas das faculdades relativas ao domínio, embora salvasse a propriedade em favor do dono; de outro, a intervenção supressiva, que gera a transferência da propriedade de seu dono para o Estado, acarretando, por conseguinte, a perda da propriedade...é a forma mais drástica de intervenção do estado...provoca a perda da propriedade.

Em casos de reforma agrária e interesse social, a indenização seria por títulos da dívida agrária (TDA), para imóveis rurais, e “mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei” (artigo 184 da Constituição de 1988), sendo “§ 1º - As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.”

¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 647.

E, em caso de desapropriação em decorrência do uso da terra para plantio de substâncias entorpecentes, o direito à indenização, embora também existente, não era prévio à desapropriação.¹⁵

3.2.2 Usucapião *in natura*

Como se verá no capítulo seguinte, o que parecia ser inovação com o advento do § 4º do art. 1228 do código civil, na verdade revelou aparente semelhança legislativa tênue entre a nominada “desapropriação” e a usucapião.

Essa conclusão primária decorre da percepção de que a norma que regulamenta a desapropriação disciplinada no § 4º do art. 1228 do código civil possui requisitos de usucapião¹⁶.

A usucapião, segundo Maria Helena Diniz¹⁷:

Modo de aquisição da propriedade e de outros direitos reais (usufruto, uso, habitação, enfiteuse, servidões prediais) pela posse prolongada da coisa com a observância dos requisitos legais. É uma aquisição do domínio pela posse prolongada, como diz Clóvis Beviláqua.

Segundo Washington de Barros¹⁸:

¹⁵ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 689.

¹⁶ BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 632.

¹⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2003, v.3. p. 56.

Inegável a utilidade do usucapião, pois, decisivamente, contribui para a consolidação da propriedade, sendo poderoso estímulo para a paz social. Depara-se seu fundamento jurídico na desídia, na incúria manifestada pelo proprietário na tutela de seu direito, em face da prolongada posse de outrem.”

Uma a uma as modalidades de usucapião.

a. Usucapião extraordinário:

Art. 1.238. Aquele que, por 15 (quinze) anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

a.1. Redução do prazo:

Art. 1238, parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a 10 (dez) anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

b. Usucapião ordinário:

Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

b.1. Redução do prazo:

Art. 1242, parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

c. Usucapião urbano:

Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

d. Usucapião rural:

Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Possível verificar que, em geral, os requisitos das quatro modalidades de usucapião se assemelham: (1) posse com prazo certo, 20 anos (extraordinária), 10 anos (ordinária) e 05 anos (rural e urbana); (2) com obras e serviços considerados de interesse social e econômico relevante (requisito da usucapião com prazo reduzido e da rural e urbana); e (3) área de 250 metros quadrados (urbana) e 50 hectares (rural).

Por outro lado, não se nega que as espécies de usucapião têm pressupostos mais específicos: a extraordinária pura, a rural e a urbana exigem a posse ininterrupta e de boa fé; e a ordinária pura, o justo título cujo registro foi cancelado.

Variações à parte, todas as formas de usucapião têm fundamento mais amplo nos princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III¹⁹ da

¹⁹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; (...)”

Constituição) e a função social da propriedade (artigos 5º, XXIII e 170, III, ambos da Constituição), tratados no capítulo anterior.

4 NOVA FORMA DE AQUISIÇÃO E/OU PERDA DA PROPRIEDADE?

O código civil estabelece, do artigo 1238 até 1259, rol taxativo de formas de aquisição da propriedade imóvel. São elas: a usucapião, formação de ilhas, aluvião, avulsão, álveo abandonado e construções e plantações²⁰.

Aqui se pode dizer, superficialmente, que a desapropriação do § 4º do art. 1228 do código civil difere da desapropriação *in natura*, porque enquanto aquela, com a mescla que lhe é característica, é forma de aquisição da propriedade imóvel, esta se constitui em modo de perdê-la.

4.1 TERTIUM GENU

Estabelece o § 4º do artigo 1228 do Código Civil:

Art. 1228, § 4º. 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.

²⁰ DINIZ, op. cit., p. 526.

Da leitura do artigo parece ter o legislador feito composição com o instituto da usucapião disciplinado no artigo 191²¹ da Constituição de 1988, com o da nominada “desapropriação” do § 4º do artigo 1228 do Código Civil, pois determinou como requisitos aptos a autorizar a desapropriação judicial, 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” (parágrafo 4º do artigo 1228 do Código Civil).

Ou seja, os requisitos comuns são: (1) prazo mínimo de 05 anos; (2) posse sem interrupção e de boa fé; e (3) realização de obras e serviços de caráter relevante, na Constituição definidos sob a alcunha de produtividade e moradia, mas, na desapropriação do § 4º, conceito jurídico indeterminado sob a designação de interesse social e econômico de relevância a ser averiguada faticamente.

A “desapropriação” do § 4º do art. 1228 do Código Civil também deriva da composição com a desapropriação propriamente dita normatizada na constituição no *caput* do art. 184.

O código civil:

Art. 1228... § 5º. No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

²¹ “Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.”

A constituição:

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

Como se vê, a semelhança da “desapropriação” do código civil com a desapropriação constitucional decorre de ambos os diplomas normativos, seja pela perda da propriedade (na desapropriação constitucional *in natura*), seja pela perda-aquisição da propriedade (na *tertium genus* do código civil em que há perda pelo proprietário e aquisição pelos possuidores) delimitarem o direito à indenização.

Por outro lado, essa similaridade não desnatura o que a diferencia em direção diametralmente oposta à desapropriação constitucional: a circunstância de a desapropriação constitucional ser imposição do poder público, enquanto a do código civil depende unicamente da manifestação dos particulares interessados nessa declaração²².

4.2 TEORIAS

A desapropriação judicial do § 4º do art. 1228 do código civil criou situação intermediária entre a usucapião e a desapropriação. Reúne os requisitos daquela com o direito à indenização desta última.

²² LISBOA, Roberto Senise. *Manual elementar de direito civil: direitos reais e direitos intelectuais*. 2. ed., São Paulo: RT, 2002, v. 4. p. 496.

Na tentativa de definir a natureza jurídica da “desapropriação judicial” do § 4º, há quatro orientações sobre quais seriam os conteúdos essenciais do instituto.

Há a que considera a “desapropriação judicial” como desapropriação propriamente dita; como nova modalidade de usucapião; e como “contra-direito processual”.

4.2.1 Desapropriação. Posse trabalho. Indenização

Para essa corrente, a desapropriação do código civil se aproxima da desapropriação constitucional, em decorrência de serem, ambas, forma de perda compulsória da propriedade motivada por razões de ordem social, somado ao fato de, tanto uma como a outra, gerarem o direito ao pagamento de justa e prévia indenização. É o que prevê o inciso XXIV²³ do art. 5º da constituição/88.

Nas palavras de Maria Helena Diniz²⁴:

Trata-se, como nos ensina Miguel Reale, de uma inovação substancial do Código Civil, fundada na função social da propriedade, que dá proteção especial à posse-trabalho, isto é, à posse traduzida em trabalho criador, quer se concretize na construção de uma morada, quer se manifeste em investimentos de caráter produtivo ou cultural. Essa posse qualificada é enriquecida pelo valor laborativo, pela realização de obras ou serviços produtivos e pela construção de uma residência.

Segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery²⁵:

²³ “Art. 5º (...) XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição; (...)”

²⁴ DINIZ, op. cit., p. 17.

A norma cria a desapropriação judicial, considerada uma inovação ‘do mais alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só novo conceito desta, mas também novo conceito de posse, que se poderia qualificar como sendo de posse-trabalho, quer dizer, o ponto alto do Código no que tange à tutela da posse.

O sentido social que autoriza a perda da propriedade se estrutura na idéia de que não merece ser titular de domínio quem não cumpre a função social exteriorizada pelo uso produtivo da propriedade por meio da posse trabalho.

A posse trabalho, contudo, não é requisito absoluto para definir a natureza jurídica da desapropriação do código civil.

A razão encontra-se no embate a respeito de quem seria o sujeito responsável pelo pagamento da indenização, já que na desapropriação propriamente dita, é incumbência do poder executivo, enquanto a legislação civil leva a crer, de forma expressa, tratar-se de obrigação do poder judiciário representado pelo agente público juiz que, não só determinaria a desapropriação, como também fixaria o montante indenizatório, além de realizar, por meio do Judiciário, o pagamento da indenização²⁶.

Consulta à legislação especial que regulamenta as desapropriações não enuncia, de forma expressa, de quem é a responsabilidade pelo ressarcimento ao dano causado ao titular do domínio.²⁷

O artigo 2º do Decreto Lei nº 3.365/41, por exemplo, e as alterações posteriores (lei nº 4.132/62, decreto-lei nº 512/69, decreto-lei nº 1.075/70 e lei complementar nº 76/93) estabelecem que: Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens

²⁵ NERY JR, Nelson. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 256.

_____. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil em vigor*. 6. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 753.

²⁶ NERY JR, op. cit., p. 255.

²⁷ ZAVASCKI, op. cit., p. 851.

poderão ser desapropriados, pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

É possível constatar que, embora não haja precisa definição de qual poder detém a competência para pagar a indenização, o requisito do pagamento da justa e prévia indenização em dinheiro impõe vinculação do judiciário a dois poderes, dentro da realidade do sistema de freios e contrapesos sistematizado por Montesquieu. Ao legislativo, por conta da aprovação do orçamento a ser destinado ao pagamento. E ao executivo, por ser o poder responsável pelo decreto da desapropriação e pelos atos expropriatórios que o antecedem²⁸.

4.2.2 Crítica

Não é pacífico o enquadramento da desapropriação judicial como forma de desapropriação constitucional, seja em decorrência do pressuposto posse trabalho, seja pelo embate de ser ou não o judiciário o poder competente para pagar a indenização.

Quanto à posse trabalho, as críticas surgem embasadas na idéia de que não é possível condensar nessas duas palavras a estrutura da desapropriação judicial. Sobretudo porque não é a posse, tampouco o trabalho caracterizado pela realização de obras e serviços que atribuem à desapropriação do código civil sua natureza, e sim, o pagamento do preço, sem o que a sentença não terá validade como título para o registro do imóvel.

²⁸ NERY JR, op. cit., p. 758.

A competência de pagamento da indenização também causa divergências em torno da natureza da desapropriação do código civil.

Maria Helena Diniz²⁹, quanto a esse requisito, deixa de nominar a desapropriação como outrora na primeira teoria:

Deveras, o que se poderia fazer nas reivindicatórias dos proprietários contra os que de boa fé possuíram áreas extensas loteando-as, nelas instalando sua residência ou empresa ou nelas investindo economicamente? Poder-se-ia destruir suas vidas e uma economia familiar? O proprietário, vencedor da demanda, não receberá de volta o bem de raiz, mas sim o justo preço do imóvel, sem nele computar o valor das benfeitorias, por serem produto do trabalho alheio. Justifica-se dada a relevância dos interesses sociais em jogo, que a restituição da coisa seja convertida pelo órgão judicante em justa indenização. De modo que o proprietário reivindicante, em vez de reaver a coisa, diante do interesse social, receberá, em dinheiro, o seu justo valor. Pago o preço, a sentença valerá como título para a transcrição do imóvel. Hipótese em que se dá ao Poder judiciário o exercício do poder expropriatório em casos concretos.

A crítica da doutrinadora se baseia no entendimento de que, como não cabe ao Judiciário iniciar os procedimentos expropriatórios e pagar a indenização, somente lhe resta julgar os pedidos de desapropriação, a partir da subsunção do caso concreto aos requisitos legais.

4.3 USUCAPIÃO “ESPECIAL” COLETIVO. ESTATUTO DAS CIDADES

Os doutrinadores que entendem tratar-se a desapropriação do código civil de modalidade de usucapião, consideram tratar-se do usucapião especial coletivo regulado pelo estatuto das cidades.³⁰

²⁹ DINIZ, op. cit., p. 36.

Os requisitos da lei 10.257/01:

Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, **ocupadas por população de baixa renda** para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem **usucapidas coletivamente**, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

São elementos da usucapião coletiva, seja urbana ou rural: a) propriedade alheia; b) área extensa; c) posse ininterrupta e de boa-fé; d) lapso temporal de 5 (cinco) anos; e) exercício da posse por um número considerável pessoas, não indicando quantas; e f) obras de interesse social relevante.

A analogia com o disposto no Estatuto das Cidades (matéria tratada adiante) tem dois fins.

O primeiro é a garantia de viabilização da declaração de propriedade por mais de uma forma: pela ação de usucapião coletivo ou por pedido contraposto em ação reivindicatória (previsão do art. 13: “A usucapião especial de imóvel urbano poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para registro no cartório de registro de imóveis.”)³¹.

O segundo é o de salvaguardar os direitos da coletividade de possuidores que, sendo de baixa renda, não teriam condições de pagar indenização ao proprietário que perdeu o domínio se fosse o caso da ação individual de usucapião tratada no código civil³².

³⁰ FERRAZ, Sérgio. Usucapião especial. *Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 725.

³¹ Ibid, p. 485.

³² Ibid, p. 490.

4.3.1 Críticas

Os críticos dessa corrente não negam a semelhança entre o dispositivo do § 4º do art. 1.228 do Código Civil e a regulação da usucapião feita tanto pelo código civil, do artigo 1239 ao artigo 1240 (abordagem do capítulo 4), como pelo estatuto das cidades (lei nº 10.257/01 - artigo 10). O que, segundo eles, não implica na assertiva de serem, os três, o mesmo instituto.

O teor da crítica de Washington de Barros Monteiro³³:

As regras contidas nos §§ 4º e 5º abalam o direito de propriedade, incentivando a invasão de glebas urbanas e rurais, criando uma forma nova de perda do direito de propriedade, mediante o arbitramento judicial de uma indenização, nem sempre justa e resolvida a tempo, impondo dano ao proprietário que pagou os impostos que incidiram sobre a gleba (...) tal forma de usucapião aniquila o direito de propriedade previsto na Lei Maior, configurando-se um verdadeiro confisco, pois, como já dissemos, incentiva a invasão de terras urbanas, subtrai a propriedade de seu titular.

É também criticado o entendimento de Washington de Barros sobre a nominada desapropriação dos §§ 4º e 5º do artigo 1228 do código civil, que a considera nova forma de perda da propriedade que implica em confisco e incentiva a invasão de terras, tendo por contrapartida indenização nem sempre justa.

É o caso de Sílvio de Salvo Venosa³⁴, Teori Zavascki³⁵ e Eduardo Cambi³⁶, segundo os quais:

³³ MONTEIRO, op. cit., p. 86.

³⁴ VENOSA, op. cit., p. 465.

³⁵ ZAVASCKI, op. cit., p. 62.

³⁶ CAMBI, Eduardo. Aspectos Inovadores da Propriedade no Novo Código Civil. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: PADMA, 2000, p. 51.

Trata-se de instituto jurídico novo e autônomo, cuja diferença essencial, em relação aos imóveis urbanos, está no tamanho, por extrapolar os 250 m (duzentos e cinquenta 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.

Esses doutrinadores defendem sua orientação com base nos seguintes pressupostos: (a) a usucapião é forma de aquisição de propriedade gratuita, não ensejando ônus ao seu adquirente ou a qualquer outra pessoa; (b) a estrutura de posse que dá direito ao usucapião tem caráter pessoal; (c) na usucapião, em regra, não há requisitos de realização de obras e serviços, apenas decurso do tempo como fato jurídico que origina o direito de aquisição da propriedade.

4.4 CONTRA-DIREITO. CONVERSÃO EM PERDAS E DANOS

Para os adeptos desta teoria, encabeçada pelo professor Fredie Didier Júnior³⁷, a desapropriação do § 4º do art. 1228 do código civil não seria nem desapropriação nem usucapião, mas alienação compulsória do imóvel que garante a transferência da propriedade aos ocupantes. Ou seja, a desapropriação judicial seria o exercício de um “contra-direito” que produz efeitos na relação jurídica de direito material por meio do processo judicial.

Para essa teoria a definição “contra-direito” encontra seu fundamento na noção de que a aquisição da propriedade pelos possuidores que cumpram os requisitos do § 4º do art. 1228 do código civil se dá sem direito à recusa pelo proprietário,

³⁷ DIDIER, Fredie Jr. *Reflexos do novo código civil no direito processual*. Salvador: Juspodim, 2007. p. 433-462.

característica de direito potestativo, a não ser que ele, por meio de ação reivindicatória, contraponha seu direito subjetivo ao dos possuidores diretos do bem.

E, ainda que o proprietário assim o faça, há situações em que o juiz, em atendimento à norma, poderá converter a prestação devida pelos réus, de específica (restituição da coisa vindicada) para alternativa (indenização), a partir da idéia de obrigação de fazer, para esta, e de obrigação de entregar a coisa, para esta³⁸.

A primeira delas encontra-se na legislação especial, como no decreto-lei 3.365/41:

Art. 35: Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos.

É também o que se apreende do Estatuto da Terra (Lei 4.504/64, art. 23) e da lei complementar 76/93, art. 21, ao cuidar da desapropriação para fins de reforma agrária³⁹.

A segunda situação é encontrada no código civil, no parágrafo único do art. 1225, nos casos em que alguém edifica ou planta em terreno alheio. A lei diz:

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 indenização fixada judicialmente, se não houver acordo.

³⁸ DIDIER, op. cit., p. 520.

³⁹ GUEDES, Jefferson Carús. Função social das "propriedades": da funcionalidade primitiva ao conceito atual de função social. *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: Escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: RT, 2003, p. 850.

Como se vê, há situações em que o apossamento do bem particular pelo poder público acontecerá de qualquer maneira, cabendo ao titular do domínio, no máximo, o direito a perdas e danos⁴⁰.

E esse raciocínio se aplica, também, à desapropriação do código civil, em que a prestação específica de restituir a coisa pode ser convertida em prestação alternativa de repô-la em dinheiro⁴¹.

A situação embasadora dessa teoria é a valorização da função social alcançada pelos possuidores diretos do imóvel, a partir de obras e serviços relevantes nele implantados, com a ressalva de que seriam eles os responsáveis pelo adimplemento da obrigação indenizatória, se for o caso⁴².

4.4.1 Crítica

A crítica a essa teoria é pontual⁴³, mas se baseia em elucubrações sobre qual seria a intenção do legislador.

Pauta-se na probabilidade remota de que fosse sua intenção cometer aos possuidores mais um ônus: o do pagamento da indenização após terem, por mais de cinco anos, como se proprietários fossem, *"realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante"*.

⁴⁰ GUEDES, op. cit., p. 900.

⁴¹ DIDIER, op. cit., p. 532.

⁴² MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade: Anotações à Lei n. 10.257, de 10-7-2001*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 35.

⁴³ GONDINHO, André Osorio. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 46.

5 A DESAPROPRIAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL

A desapropriação judicial prevista no parágrafo 4º do artigo 1228 do código civil representou avanço no ordenamento jurídico, ao pôr fim ao pensamento individualista-privatístico reinante no código civil de 1916 e erigir sua estrutura na preocupação em trazer benefícios à coletividade de pessoas e não mais e unicamente a pessoas individualmente consideradas.

A lei:

Art. 1.228 do Código Civil. 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. (...) § 4º 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.

Mas o benefício trazido por esse dispositivo de lei, que teve como precursor a usucapião coletiva da legislação esparsa estatuto das cidades (lei 10.527/01), teve entrave em torno de sua natureza jurídica, como trabalhado no capítulo 4.

O que causou dúvida na doutrina é o fato de assemelhar-se à usucapião coletiva (requisitos comuns: coletividade de pessoas; posse ininterrupta; e 05 anos) e, também, à desapropriação, em decorrência do direito do proprietário à indenização.

As dificuldades de delimitação da natureza jurídica da desapropriação judicial se explicam, em grande parte, pelo laconismo e genericidade com que o legislador disciplinou o instituto.

Essa é a razão pela qual, em uma situação fática, o julgador terá que desenvolver pensamento hermenêutico que tome em conta a finalidade da desapropriação judicial, que é a observância da função social da propriedade.

5.1 CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Boa parte dos pressupostos que definem a desapropriação judicial é uma gama de conceitos jurídicos indeterminados.

Não há unanimidade ou certeza⁴⁴ sobre quantas pessoas consistiriam o “considerável número de pessoas”; sobre qual a quantificação da “extensa área”; sobre quais seriam as “obras e serviços” a serem realizados; tampouco sobre quais os critérios orientadores do julgador para aferir o que é “interesse social e econômico relevante”.

Somente há precisão quanto à não interrupção da posse e sua boa-fé; ao prazo de, no mínimo, 05 anos; à necessidade de declaração judicial por sentença, que servirá de título para registro imobiliário; e ao procedimento administrativo prévio que assegura o processamento regular do feito⁴⁵.

A saída para a tratativa dos conceitos jurídicos indeterminados é o uso pelo juiz da flexibilização dos conteúdos para adequá-los à realidade de cada situação, de forma

⁴⁴ VENOSA, op. cit., p. 35.

⁴⁵ DINIZ, op. cit., p. 96.

a proferir decisão o mais próximo possível com a justeza e compatibilidade que pretendeu o legislador ao elaborar a norma.

5.2 CONSTITUCIONALIDADE

Embates à parte, a dogmática do tema é uníssona quanto ao entendimento de que tanto a usucapião coletiva, a desapropriação constitucional e a desapropriação judicial visam solucionar conflitos que transcendem a esfera individual, constituindo-se em instrumentos para a concretização da função social da propriedade, consagrado pelos artigos 5º, XXIII⁴⁶, e 170, III⁴⁷, da constituição federal (capítulo 3).

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery⁴⁸:

Constitucionalidade da desapropriação judicial. A norma é constitucional porque resolve a aparente antinomia entre o direito de o proprietário reivindicar a coisa de quem injustamente a possui e a função social da propriedade, com a manutenção do bem com aquele que lhe deu função social com a posse-trabalho.

Os pioneiros da I Jornada de Direito Civil já haviam identificado que a intervenção na propriedade privada decorrente dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 é compatível com a Constituição, já que seja sob a ótica da função social da propriedade

⁴⁶ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; (...)”

⁴⁷ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (,,,)III - função social da propriedade; (...)”

⁴⁸ NERY JR, op. cit., p. 28.

seja pela previsão constitucional da desapropriação (CR, art. 5º, XXIV), sempre será possível que o particular seja expropriado em virtude do interesse social.

E o fato de essa intervenção expropriatória decorrer de atividade do poder judiciário não macularia a legitimidade da medida, na medida em que o sistema de freios e contrapesos nas atuações típicas e atípicas do Estado não implica que cada um dos poderes exerça com exclusividade a atividade típica de sua natureza, mas tão somente, em caráter preponderante.

Também a justificar a constitucionalidade da terminologia atribuída ao tema tratado nos §§4º e 5º do artigo 1228 do código civil, segundo a doutrina, é a terminologia que se generalizou, “desapropriação judicial”.

Trata-se de expressão que sintetiza os efeitos decorrentes do fenômeno jurídico que gera o direito de aquisição da propriedade imobiliária aos posseiros, já que a situação expropriatória ocorrerá pela perspicácia na verificação, pelo magistrado, do interesse social (CR, art. 5º, XXIV) que é pressuposto do exercício da função social da propriedade.

5.3 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

A positivação dos §§ 4º e 5º do art. 1228 do código civil é marcada pela presença de cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados, forma de normatização que dá ao intérprete a flexibilidade para interpretar a letra da lei adequando o preceito normativo à dinâmica da realidade, em busca da concretização dos valores constitucionais e legais buscados pela ordem jurídica.

Em linhas gerais, os mencionados dispositivos do Código Civil afirmam que o proprietário poderá ser privado da área reivindicada em favor de um considerável número de pessoas que fizeram cumprir a função social da posse do respectivo bem, e desde que preenchidas certas condições legais. A partir daí, o juiz do feito petitório fixará “justa” indenização que será devida ao proprietário privado do imóvel e, uma vez pago o preço, a sentença prolatada valerá de título para registro do imóvel em nome dos possuidores.

A letra da lei:

Art 1.228 do código civil (...) 4º 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. § 5º. No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Um a um, em linhas gerais, os elementos do tipo aberto que compõem os dois últimos parágrafos do artigo 1228 do código civil.

5.3.1 Imóvel reivindicado

Em primeiro lugar há que se ter noção do que é o objeto da desapropriação judicial.

A parte geral do Código Civil classifica os bens em três grupos, no artigo 79 e seguintes. São eles: a) bens considerados em si mesmos; b) bens reciprocamente considerados; e c) bens públicos.

Dentro da sistemática da classificação de bens feita pelo legislador, o “imóvel reivindicado” enquadra-se na categoria dos bens considerados em si mesmos que, por sua vez, subdividem-se em bens móveis e imóveis.

No caso, trata-se de bem imóvel que, segundo o legislador, engloba o solo e tudo quanto se lhe possa incorporar natural ou artificialmente e, por equiparação, os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram, e a sucessão aberta.

Especificamente, o imóvel reivindicado não é imóvel por equiparação, mas sim o solo urbano ou rural, com ou sem as acessões agregadas ao bem durante o tempo da posse do proprietário reivindicante⁴⁹.

5.3.2 Extensa área

A cláusula *extensa área* é, como se vê, conceito jurídico indeterminado.

Mas é termo aberto com interpretação vinculada ao objetivo da desapropriação judicial, que será apreciado pelo juiz levando em conta os imóveis da localidade e os fins a que se destinam, a partir de especificações técnicas que serão trazidas aos autos pelas partes e por peritos do Juízo⁵⁰.

O bom senso indica que o legislador, no afã de concretizar a função social da propriedade, deve ter almejado que a área do imóvel urbano ou rural tenha o tamanho “suficiente” a fim de que as pessoas que, em conjunto ou separadamente, tenham

⁴⁹ NERY JR, op. cit., p. 85.

⁵⁰ ARRUDA ALVIM NETTO, Jose Manuel de. Algumas notas sobre a distinção entre posse e detenção. *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: Escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: RT, 2003, p. 88.

exercido a posse direta do bem, possam realizar obras e serviços que redundem em benfeitorias de relevante interesse social e econômico.

De se dizer que a extensa área não pode ser identificada com a propriedade latifundiária definida pela Lei nº 8.629/93, ou seja, a com área superior a 15 módulos fiscais (artigo 4º, III, “a”, *a contrario sensu*), porquanto a desapropriação judicial não se confunde com aquela realizada para fins de reforma agrária⁵¹.

5.3.3 Considerável número de pessoas

Nas palavras de Maria Helena Diniz⁵²:

Uma única família, por mais numerosa que seja, não pode preencher o conteúdo jurídico indicado, porque o que parece pretender o legislador é que a desapropriação transcenda o interesse individual, refira-se à comunidade, e não a um interesse homogêneo limitado a uma entidade familiar.

Em que consiste o nominado “considerável número de pessoas”?

O “considerável número de pessoas” deve consistir em quantidade de pessoas suficiente para fazer com que através da posse-trabalho, sobre o imóvel tenham sido realizadas obras e serviços de relevante interesse social ou econômico.

Não há regra fixa. A quantificação dependerá da situação concreta. Deve haver hipóteses em que o número de pessoas para realizar certas obras ou serviços de interesse social ou econômico tem que ser elevada, levando em conta as dimensões do

⁵¹ DINIZ, op. cit., p. 53.

⁵² Ibid, p. 69.

imóvel reivindicado, enquanto há casos em que o considerável número de pessoas pode envolver dois indivíduos..

Exemplo da doutrina⁵³:

Imagine que num terreno urbano, de mil metros quadrados, três pessoas dele venham a adquirir posse e a partir daí lá construam um pequeno barracão para exploração de uma oficina mecânica de autos. Com o passar do tempo, o pequeno empreendimento se organiza, prospera e serve para a subsistência dos três sócios e de suas famílias. Passados mais de cinco anos de posse ininterrupta e de boa-fé, um dia são surpreendidos com a citação de uma ação reivindicatória. Será que os mil metros quadrados não foram uma área extensa o bastante para o exercício eficaz da posse-trabalho e respectiva função social? Será que os três sócios não formaram um considerável número de pessoas grande e suficiente o bastante para empreitar obras e serviços de relevante valor social e econômico, tendo em vista que da pequena oficina eles sobrevivem e ajudam a manter as respectivas famílias? A resposta é positiva para os dois questionamentos.

Este exemplo é caso de terreno mediano, nem tão grande e nem tão pequeno, ocupado, por assim dizer, por pequena quantidade de pessoas (três), mas cujo trabalho foi suficiente para garantir sua subsistência e, ao mesmo tempo, realizar obras de interesse social e econômico relevante.

Outro exemplo⁵⁴:

Se uma família formada por cinco pessoas, de boa-fé, ocupa um imóvel rural de 100 (cem) hectares, por mais de cinco anos, e desenvolve, a partir do uso desse bem, a comercialização de frutas e verduras para cidades próximas, obtendo dessa atividade o seu sustento, será que pode ser reputada como um considerável número de pessoas, para fins de desapropriação judicial? A resposta a essa pergunta só pode ser afirmativa, pois é inegável que o pequeno comércio iniciado a partir da exploração do imóvel tem um relevante valor econômico para a família e que a perda do bem poderia comprometer o seu sustento, existindo interesse social em garantir a proteção de uma família, que, de boa-fé, através do trabalho, tornou a terra produtiva e gerou riqueza, o que, de forma indireta, beneficia, ainda, outras pessoas que intervêm na comercialização da produção, como os transportadores, por

⁵³ TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. *A função social no Código Civil*. São Paulo: RT, 2004, p. 45.

⁵⁴ ZAVASCK, op. cit., p. 86-87.

exemplo. Portanto, o requisito do considerável número de pessoas tem o sentido de afastar a preponderância de interesses meramente individuais, devendo ser entendido como qualquer quantidade de indivíduos que, por meio do seu trabalho, torne o bem produtivo e possa beneficiar, de forma direta e indireta, várias pessoas.

Esse exemplo, pelo contrário, retrata situação em que o imóvel reivindicado é de grandes proporções (1 hectare = 10 mil m²; logo, 100 hectares equivale a 100 mil m²) e que é ocupado, também, por quantidade pequena de pessoas (cinco). Independente disso, esse grupo conseguiu, assim como no exemplo anterior, tornar a terra produtiva e gerar riqueza para si e para a comunidade próxima, o que só foi possível com a comercialização dos produtos cultivados no terreno alheio ocupado há mais de cinco anos.

Como se pôde constatar, a expressão indeterminada requisito da desapropriação judicial consistente no “considerável número de pessoas” pode envolver grande quantidade de possuidores (como ocorre com a usucapião coletiva disciplinada no Estatuto da Cidade) ou número que, embora pequeno, baste para fazer com que os benefícios do trabalho desenvolvido no imóvel ultrapassem a esfera individual. Tudo dependerá da importância social do trabalho realizado no imóvel reivindicado⁵⁵.

Será tarefa do julgador dimensionar o conceito indeterminado com que tem que se debruçar ao julgar um caso de desapropriação judicial, de forma a analisando-o sob perspectiva civil-constitucional, voltada à efetivação da tríade consistente, a um, pelo princípio da dignidade da pessoa humana; a dois, pelos objetivos fundamentais da

⁵⁵ FERRAZ, Sérgio. Usucapião especial. *Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 63.

República; e a três, pelo princípio da função social da posse e propriedade, Atribuir-lhe a solução constitucionalmente esperada pelo legislador ao positivizar a norma.

5.3.4 Houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços

Em que consiste a realização de obras e serviços de interesse social e econômico relevante é outro problema trazido pelo conceito aberto.

Parte da doutrina diverge sobre a previsão cumulativa “obras e serviços”, dizendo que o mais correto é que fosse alternativa, isto é, realização de “obras ou serviços”.⁵⁶

Segundo afirmam⁵⁷, seria mais razoável se o legislador tivesse se valido da expressão “obras ou serviços”, já que nem sempre a obra será acompanhada pelo serviço e vice-versa. Por exemplo, a obra pode perfectibilizar-se na construção de residência que servirá de moradia, sem que isso implique em algum tipo de serviço. O mesmo raciocínio se aplica ao serviço, que independe de obra. É o caso de uma horta realizada em terreno urbano alheio, em que há o serviço, sem que disso decorra, obrigatoriamente, a obra.

Divergências à parte, o conceito “houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços” é variável cuja aferição será facilitada no decorrer da instrução probatória.

⁵⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 31.

⁵⁷ FERRAZ, op. cit., p. 74.

5.3.5 Interesse social e econômico relevante

Este conceito jurídico indeterminado, assim como o anterior, é objeto de embate na doutrina sobre a cumulação “interesse social e econômico relevante”⁵⁸.

Afirmam ser desnecessária, para a incidência da norma do parágrafo 4º do artigo 1228 do código civil sobre o fato social, a presença de ambos os interesses, bastando que o interesse social "ou" o interesse econômico, se existente, seja relevante. O que viesse em acréscimo a isso só somaria, por exemplo, em situações em que os interesses social “e” econômico se mostrem relevantes.

5.4 A INDENIZAÇÃO

O Código Civil assegura ao proprietário que sofrer a desapropriação judicial o direito à indenização, sem especificar a quem caberá o pagamento, se aos possuidores ou ao Poder Público. Mais uma vez, há entendimento e dificuldades para todos os gostos.

⁵⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, v.2. p. 76.

5.4.1 Dever de quem?

Há doutrinadores sustentando que a atribuição do pagamento da indenização aos possuidores não corresponde à natureza da desapropriação, voltada ao atendimento da função social da propriedade⁵⁹.

À desnaturação existente com o dever de pagamento soma-se o fato de que somente os possuidores que tenham certa capacidade econômica poderão pagar a indenização, razão pela qual o instituto excluirá do direito à desapropriação os destinatários finais da norma, que são as pessoas carentes de recursos financeiros, categoria na qual se enquadram, na maioria das vezes, os possuidores que tornam o imóvel produtivo⁶⁰.

Na tentativa de solução da desnaturação, há quem diga⁶¹ tratar-se o pagamento da indenização de obrigação do poder público, cuja competência será definida conforme a localização do imóvel expropriado. Esse pensamento visa concretizar o fim da lei, que é o de distribuir eqüitativamente o patrimônio, sancionando quem descumpriu as regras da função social do imóvel. Daí surge a incumbência do poder público, que indenizaria seja por meio de títulos de dívida pública e agrária, no esteio dos arts. 182, § 4º, inciso III, e 184, da Constituição. *In verbis*:

Art. 182, § 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: (...) III - desapropriação com pagamento mediante títulos

⁵⁹ ZAVASCKI, op. cit., p. 48.

⁶⁰ WALD, Arnold. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, p. 183.

⁶¹ DINIZ, op. cit., p. 82.

da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

E artigo 184 da Constituição/88:

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

A justificativa para essa corrente baseia-se na idéia de que dificilmente os posseiros que realizaram obras e serviços de relevância social e econômica teriam condições financeiras para indenizar o proprietário; mas se tivessem, não seria necessária a intervenção do poder público⁶².

Assim, em se tratando de pagamento de indenização por posse de imóvel urbano, o Município encarregar-se-á de pagá-la ao expropriado, na forma do art. 182 da Carta Magna de 1988, que impõe ao poder público municipal o dever de ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes; e atribuição que será da União, no que diz respeito aos imóveis rurais, em obediência aos arts. 184 a 186 da Constituição Federal e à lei nº 8.629/93, com a redação pela lei nº 10.279/01 e lei complementar nº 76/93⁶³.

Mas mais uma dificuldade se afigura. Se cabe ao poder público indenizar o expropriado do imóvel desapropriado, impor-se-á a este o ônus de ter que exigir o

⁶² VENOSA, op. cit., p. 68.

⁶³ ROQUE, op. cit., p. 57.

cumprimento da obrigação de pessoa jurídica de direito público que não foi parte no processo.⁶⁴

E aí dois questionamentos surgiriam. O primeiro: como o ente estatal pode ser responsabilizado por ato que não resultou de sua iniciativa, mas sim de decisão judicial que acolhe a defesa dos réus em uma ação reivindicatória? O segundo: se não há obrigação legal determinando ao Estado o cumprimento da obrigação dos possuidores em ação de desapropriação judicial, entendimento nesse sentido implicaria em desobediência à constituição/88 quando enuncia:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Na tentativa de resolver esse impasse, há terceira teoria. Ela considera que há responsabilidade solidária entre possuidores e poder público⁶⁵.

A explicação para adoção desse entendimento assenta-se na idéia de que é o próprio Estado, pelo Judiciário, que fará a desapropriação fundada no interesse social.

O art. 5º, inciso XXIV da Constituição:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:... XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

⁶⁴ LISBOA, Roberto Senise, *Manual de direito civil: teoria geral do direito civil*. 3. ed., São Paulo: RT, 2004, v.1, p. 46.

⁶⁵ BATISTA, Antenor. *Posse, possessória, usucapião e ação rescisória*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2002, p. 66.

E a doutrina entende que há dois procedimentos possíveis para o proprietário em vias de perder seu imóvel em decorrência da desapropriação judicial cobrar do Estado o valor da indenização⁶⁶.

O primeiro caminho, ação cognitiva de regresso, tem cabimento quando há o somatório de duas situações. A um, não ter a pessoa jurídica de direito público competente (União, se imóvel rural e Município, se urbano) integrado, como parte, o processo em que foi decretada a desapropriação judicial. E, a dois, o não pagamento da indenização fixada em razão de insuficiência de recursos materiais pelos possuidores.

O segundo seria por meio da denunciação da lide feita pelo autor reivindicante ao Estado. A doutrina entende ser mecanismo eficaz para garantir a indenização ao proprietário que sofreu a intervenção expropriatória que redundou no perdimento do título de domínio de seu imóvel.

Este entendimento baseia-se na idéia de que o Estado é devedor solidário da indenização junto com os possuidores. Estes na condição de devedores em decorrência do benefício com a aquisição da propriedade; e aquele, devedor pelo fato de ter realizado a desapropriação judicial⁶⁷.

5.4.2 Justeza

Questionamentos à parte sobre de quem seria o dever de pagar a indenização ao proprietário que perde o título de seu domínio aos possuidores que, de boa-fé, por

⁶⁶ BATISTA, op. cit., p. 68.

⁶⁷ Ibid, p. 70.

cinco anos sem interrupção, realizaram obras e/ou serviços de caráter social e/ou econômico relevante, em um ponto a doutrina é uníssona.

Embora a lei não seja expressa como é ao tratar da desapropriação constitucional e especificar os casos em que a indenização será em dinheiro ou em títulos da dívida pública, é certo que a indenização, prévia e em dinheiro ou não, deve ser justa. Ou seja, a indenização determinada na sentença deverá levar em consideração o valor do imóvel e das benfeitorias realizadas, cuja quantificação se dará por meio de perícia feita com o fim de identificar o justo valor devido.

Isto porque, tratando-se de direito fundamental (art. 5º, inc. XXII da Constituição), a justa indenização deve abranger não só o valor do solo, mas também o valor das eventuais benfeitorias que foram realizadas à época em que o proprietário reivindicante tinha a posse do imóvel⁶⁸.

5.5 DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL. PROCEDIMENTO COMUM

A especificidade procedimental para a tutela do direito material tem origem ou nas suas características ou na opção do legislador em sumarizar o procedimento, com a criação de técnicas processuais para fornecer ao jurisdicionado tutela jurisdicional diferenciada, em prol do acesso à justiça e em nome do princípio constitucional pelo qual o judiciário não deixará de apreciar lesão ou ameaça a direito (CR, art. 5º, XXXV⁶⁹).

⁶⁸ GONDINHO, op. cit.,, p. 83.

⁶⁹ “Art. 5º (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...)”

O legislador não exercitou qualquer das duas opções em se tratando da desapropriação do código civil. A saída legislativa encontra-se no código de processo civil, em suas regras gerais⁷⁰.

Inexistente procedimento especial previsto para a tutela da desapropriação judicial do §4º do art. 1228 do código civil, aplica-se a regra geral do direito processual civil, segundo a qual em caso de ausência de procedimento específico para a tutela do direito material, o procedimento adotado será o comum, ordinário ou sumário (CPC, art. 271⁷¹ e 272⁷²).

E o critério para fixação do rito sumário ou ordinário não sofre alteração. Não se tratando dos *numerus clausus* do artigo 275 do código, seja pelo tema ou pelo valor da causa (valor do imóvel reivindicado maior que sessenta vezes o valor do salário mínimo), o rito será o comum ordinário, na forma dos artigos 271, 272 e 274 do código de processo civil⁷³.

5.5.1 Partes

No magistério de Chiovenda, *"parte é aquela que pede e aquela em face de quem se pede a atuação da tutela jurisdicional"*. E a mesma denotação se aplica à

⁷⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo : Malheiros. 1995, p. 52.

⁷¹ “Art 271. Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei especial.”

⁷² “Art. 272. O procedimento comum é ordinário ou sumário.”

⁷³ BARRETO, Carla Andrade. Efeitos da Ação Reivindicatória previstos no Parágrafo 4º. do Artigo 1.228 do Novo Código Civil. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.com>>. Acesso em 20 de out. 2009.

desapropriação judicial. Esse ensinamento somado à leitura dos artigos 459, *caput*⁷⁴, 460, *caput*⁷⁵, e 468⁷⁶, todos do código de processo civil, auxiliam na delimitação das partes no procedimento dos §§ 4º e 5º do artigo 1228 do código civil.

A sentença proferida deve sê-lo, na esteia do princípio da congruência (artigo 460), nos limites da lide (468), ou seja, da pretensão do autor (459, *caput*) em face do réu. É defeso ao juiz proferir sentença de natureza diversa do pedido (460), sentença essa que tem "força de lei" e que terá efeito direto na esfera de direitos das partes.

Mas o que é parte? As partes, no procedimento de desapropriação do código civil, circunscrevem-se às pessoas do autor (quem pede, consubstanciado nos posseiros) e réu (em face de quem se pede, ou seja, o titular do domínio do imóvel reivindicado). Os demais integrantes da relação processual (juiz, advogados, Ministério Público) são sujeitos processuais que fazem parte do deslinde da demanda, sem os requisitos de interesse de agir, legitimidade *ad causam* e possibilidade jurídica do pedido inerentes às partes processuais.⁷⁷

Embate que surge diz respeito à parte da doutrina que admite que o Estado seja considerado devedor assim como os possuidores do preço a ser pago pela indenização. Nesse caso, excepcionalmente, a pessoa jurídica de direito público competente, União ou Município, poderá ser parte no processo por meio da denúncia da lide levada a cabo pelo autor.

⁷⁴ “Art. 459. O juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá em forma concisa.”

⁷⁵ “Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.”

⁷⁶ “Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.”

⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 49.

5.5.2 Possibilidade de pedido alternativo ou sucessivo

O pedido, enquanto um dos elementos da ação (CPC, art. 282, IV⁷⁸), tem a finalidade de delimitar a atuação jurisdicional, em nome do princípio da adstrição ou da correlação lógica entre pedido e dispositivo (subtópico anterior).

O autor reivindicante pode, dentre as possibilidades de sua formulação, estruturar o pedido de forma alternativa ou sucessiva, conforme as peculiaridades que encontrar no deslinde da questão de direito material⁷⁹.

O pedido alternativo terá lugar se a obrigação subjacente à demanda permitir que o devedor cumpra a respectiva prestação de mais de uma maneira (CPC, art. 288⁸⁰). Essa circunstância é possível na desapropriação dos §§ 4º e 5º do art. 1228 do código civil, na medida em que os possuidores poderão (a) optar entre restituir o imóvel possuído ou (b) pagar a indenização para, por meio da sentença, obterem a declaração de transferência da propriedade ou, ainda, excepcionalmente, em decorrência de desinteresse, (c) nada fazerem, situação que desautoriza a intervenção na propriedade privada do proprietário reivindicante⁸¹.

O pedido sucessivo, por sua vez, poderá ser feito em situações em que o juiz não puder acolher o pedido principal, em decorrência de alguma peculiaridade do

⁷⁸ “Art. 282. A petição inicial indicará: (...) IV - o pedido, com as suas especificações; (...)”

⁷⁹ ARAÚJO, Fabiana Pacheco de. *Desapropriação Judicial por Interesse Social* – Art. 1.228, §§ 4º e 5º do Novo Código Civil Disponível em: <<http://www.mundojuridico.com>>. Acesso em 20 de out. 2009.

⁸⁰ “Art. 288. O pedido será alternativo, quando, pela natureza da obrigação, o devedor puder cumprir a prestação de mais de um modo.”

⁸¹ ARAÚJO, op. cit.

direito material (CPC, art. 289⁸²). Por exemplo, na demanda subsumida aos §§ 4º e 5º do art. 1228 do código civil, a pretensão reivindicatória será inócua se os possuidores quiserem continuar a dar função social ao bem e, portanto, aceitarem submeter-se à condenação de pagamento de indenização. Nesse caso, tendo o autor reivindicante formulado pedido sucessivo de fixação do valor a ser pago pela desapropriação judicial, terá em seu favor título executivo viabilizador de seu crédito pecuniário.⁸³

⁸² “Art. 289. É lícito formular mais de um pedido em ordem sucessiva, a fim de que o juiz conheça do posterior, em não podendo acolher o anterior.”

⁸³ BARRETO, op. cit.,

6 CONCLUSÃO

Enfocando o direito real de propriedade como previsto no Código Civil, percebe-se que a utilização da propriedade deve se pautar por parâmetros delimitados pelo legislador, todos eles em conformidade com o perfil da propriedade privada traçado pela Constituição.

A desapropriação judicial, enquanto modalidade de perda/aquisição da propriedade, não poderia ficar fora dessa pretensão.

É para isso que a lei civil, orientada pela constituição/88, foi expressa ao determinar que, tanto proprietário como possuidor tem o dever de agir em relação ao bem tendo em vista a função social da posse.

A forma pela qual esse fim será alcançado na desapropriação judicial é a ocupação por número de pessoas que realizaram, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados judicialmente de relevante interesse social e econômico. Configurado esse quadro, o juiz, representante do poder público *lato sensu*, fixará indenização em favor do titular do domínio e, pago o preço, a sentença valerá como título registrável para aquisição do imóvel em nome dos possuidores que fizeram com que o bem cumprisse sua função social.

E o fato de boa parte dos requisitos da desapropriação judicial ser composta por conceitos jurídicos indeterminados não é razão para não aplicação da norma dos §§ 4º e 5º do art. 1228 do código civil, na medida em que, embora cláusulas abertas possuem parâmetros normativos orientadores na constituição/88.

O parâmetro mor é o atendimento, pela propriedade privada, de sua função social, o que será viabilizado a partir de condutas voltadas à política urbana, à política agrícola e fundiária, à reforma agrária, à ordem e à atividade econômica, tendo em vista a observância dos objetivos fundamentais da república e concretização da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fabiana Pacheco de. *Desapropriação Judicial por Interesse Social – Art. 1.228, §§ 4º e 5º do Novo Código Civil* Disponível em: <<http://www.mundojuridico.com>>. Acesso em 20 de out. 2009.

ARRUDA ALVIM NETTO, Jose Manuel de. Algumas notas sobre a distinção entre posse e detenção. *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: Escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: RT, 2003.

BARRETO, Carla Andrade. Efeitos da Ação Reivindicatória previstos no Parágrafo 4º. do Artigo 1.228 do Novo Código Civil. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.com>>. Acesso em 20 de out. 2009.

BATISTA, Antenor. *Posse, possessória, usucapião e ação rescisória*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo : Malheiros. 1995.

BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, v.2.

DIDIER, Fredie Jr. *Reflexos do novo código civil no direito processual*. Salvador: Juspodim, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicioanal. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERRAZ, Sérgio. Usucapião especial. *Estatuto da Cidade:Comentários à Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FIUZA, Ricardo.. *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONDINHO, André Osorio. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GUEDES, Jefferson Carús. Função social das "propriedades": da funcionalidade primitiva ao conceito atual de função social. *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: Escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: RT, 2003.

LISBOA, Roberto Senise, *Manual de direito civil: teoria geral do direito civil*. 3. ed., São Paulo: RT, 2004, v.1.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual elementar de direito civil: direitos reais e direitos intelectuais*. 2. ed., São Paulo: RT, 2002, v. 4.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2003, v.3.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Detenção no direito brasileiro (conceito e casos). In: CAHALI, Yussef Said (coord.). *Posse e propriedade*. São Paulo: Saraiva, 1987.

MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade: Anotações à Lei n. 10.257, de 10-7-2001*. São Paulo: Saraiva, 2001.

NERY JR , Nelson. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil em vigor*. 6. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

ROQUE, Sebastião José. *Direito das Coisas*, 2. ed., São Paulo: Ícone, 2004.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 46.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. *A função social no Código Civil*. São Paulo: RT, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes (coordenador). *Estudos em homenagem ao Professor Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito reais*. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2004, v.5.

VIANA, Marco Aurélio S. *Comentários ao Novo Código Civil*. Volume XVI, Dos Direitos Reais, 2ª Ed., São Paulo: Editora Forense, 2004.

WALD, Arnold. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. 11. ed. São Paulo: Saraiva.

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no Projeto do Código Civil. In: COSTA, Judith Martins (org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002.