

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

ANÁLISE CRÍTICA DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E
INSTITUTOS AFINS

ALINE BRANQUINHO DE OLIVEIRA

RIO DE JANEIRO

2008

ALINE BRANQUINHO DE OLIVEIRA

ANÁLISE CRÍTICA DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E
INSTITUTOS AFINS

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª: Glória Regina Vianna Lima

RIO DE JANEIRO

2008

ALINE BRANQUINHO DE OLIVEIRA

ANÁLISE CRÍTICA DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E INSTITUTOS AFINS

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora

Glória Regina Vianna Lima– Presidente da Banca Examinadora
Professora da Faculdade Nacional de Direito - Orientadora

Nome do 2º Examinador
Professor da Faculdade Nacional de Direito

Nome completo do 3º Examinador
Professor da Faculdade Nacional de Direito

RESUMO

OLIVEIRA, A. B. *Análise Crítica Da Função Social Da Propriedade E Institutos Afins*. 2008. 74 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

A propriedade sempre constituiu um foco constante de tensões sociais e econômicas, desestabilizando relações jurídicas, causando acirrados conflitos entre as pessoas e, estas e o Estado, enfim, tem fortes repercussões em todas as esferas sociais. O Direito sempre procurou criar instrumentos e meios que pudessem defendê-la e pacificá-la, no sentido de superar as violentas controvérsias que explodem ao seu redor. No que tange à propriedade urbana, a dinâmica das cidades ensejou sucessivos esforços legislativos, tendo como ápice a edição dos §§ 4º e 5º do art. 1228 do novo Código Civil. Não obstante esses dispostos tenham seguido a orientação teleológica-constitucional da função social da propriedade, demandam cuidadosa análise não só no que respeita a sua vigência e alcance, mas em especial no que tange a sua eficácia como meio de realização daquela função, tendo em vista a realidade dos grandes centros urbanos. Nesse contexto, a presente investigação tem por objeto de estudo examinar as potencialidades do instituto previsto no disposto do art.1.228, §§ 4º e 5º do novo Código Civil, tendo como norte a Constituição Federal de 1988 e suas previsões acerca do escopo social da propriedade, notadamente no cenário urbano.

ABSTRACT

OLIVEIRA, A. B. *Análise Crítica Da Função Social Da Propriedade E Institutos Afins*. 2008. 74 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

The property has been, throughout the years, focus of many social tensions in Brazil. The search for land has been the cause of several conflicts, firstly in the rural zonal, and more recently in the cities. The disorganized occupation of the lands in both zones has demanded a more accurate attention from Brazilian Government, and its Legislative Branch has therefore set forth many provisions prescribing new rules and conditions for the occupation and the owning of these lands. The main point of these provisions has been the “social scope” of the land, which consisted in certain duties and conditions the owner has to meet in order to keep his rights towards the property. In this sense, in year 2002, the Brazilian House of Representatives enacted the Federal Law 10.406 – Brazilian Civil Code. Article nr.1.228 of this law provides, in its paragraphs §§ 4º and 5º, a new mean of property’s acquisition. The analysis of this Provision will be the object of the present work, with special attention to the study of the Constitutional principles which support its applicability and to similar prescriptions present in other provisions of Brazilian legislation.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. CAPÍTULO I - A PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL.....	11
2.1. Propriedade: conceito.....	11
2.2. A função social da propriedade.....	12
2.3. Penalizações pelo não cumprimento da função social.....	20
3. CAPÍTULO II - INSTITUTOS AFINS NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO.....	23
3.1. Posse.....	23
3.2. Usucapião	27
3.2.1. Usucapião ordinária.....	28
3.2.2. Usucapião extraordinária.....	30
3.2.3. Usucapião pro labore ou especial rural.....	31
3.2.4. Usucapião urbana ou especial urbana.....	33
3.3. Desapropriação.....	34
3.3.1. Pressupostos constitucionais.....	36
3.3.2. Objeto.....	38
3.3.3. Principais aspectos do instituto da desapropriação.....	39
3.3.4. Competência.....	45
4. CAPÍTULO III - A PRIVAÇÃO DA PROPRIEDADE FUNDADA NA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO NOVO CÓDIGO CIVIL E NO ESTATUTO DA CIDADE.....	46
4.1. A usucapião especial urbana no Estatuto da Cidade.....	46
4.2. O art. 1228, §§ 4º e 5º da Lei 10.406/02 e a função social da propriedade	49
4.2.1. Introdução.....	49
4.2.2. Os princípios informadores do Novo Código.....	49
4.2.3. O Artigo 1228, §§ 4º e 5º: Análise Normativa.....	51
4.3. A forma de privação do direito de propriedade previsto no art. 1228, §§ 4º e 5º do Código Civil e o Estatuto da Cidade.....	59
5. CONCLUSÃO.....	61

1. INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, muito se tem discutido acerca do instituto da propriedade privada e, mais especificamente, sobre sua função social. Embora tal abordagem não seja novidade, eis que na Constituição anterior, bem como naquela de 1946, já havia referência a tal aspecto do instituto, foi somente com a atual Carta Política que essa dimensão da propriedade atingiu o *status* de fundamento da ordem econômica. Mais do que isso, criou o legislador constituinte instrumentos para tornar efetiva essa previsão: no caso da propriedade rural, pode-se falar na desapropriação para fins de reforma agrária, cuja disciplina encontra-se prevista nos artigos 184 e seguintes da Carta Maior.

No que tange à propriedade urbana, criaram-se novas formas de intervenção do Estado na propriedade, tendo em vista seu alinhamento às “exigências fundamentais de ordenação da cidade” (art. 182), além da previsão de inédita modalidade de usucapião, a especial urbana, conforme prescreve a norma do art. 183.

No entanto, nada obstante o esforço empreendido pelo legislador constituinte, pouco se fez de concreto para transpor à realidade social as previsões constitucionais. À mudança de mentalidade do legislador não correspondeu uma mudança imediata na forma de tratar o instituto, ou, como lamentado na doutrina, o latifúndio e a especulação imobiliária continuaram a ser “o retrato mais fiel da propriedade em nosso país”.¹

Especificamente no que se refere à propriedade urbana, o quadro mostrava-se desolador: a apropriação do solo urbano para fins meramente especulativo acabava “por criar um quadro de instabilidade social, violência, criminalidade e poluição, além de contribuir decisivamente para a concentração de riqueza e distribuição de miséria.”²

Nesse diapasão, promulgou-se a Lei 10.257/01, o chamado Estatuto da Cidade, tendo por objetivo regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal. Representou, fora de qualquer dúvida, enorme avanço no tratamento da matéria, tendente a dar maior eficácia aos ditames constitucionais. Oferece, nesse sentido, novos instrumentos de implementação das políticas urbanas, enumerando, ainda, em seu art. 39, as condições em que a propriedade

¹ GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 398.

² *Ibid.*, p. 399.

urbana cumprirá sua função social, devendo “atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas.”

Seguindo essa linha, surge o novo Código Civil, onde os direitos reais são vistos “em razão do novo conceito de propriedade, com base no princípio constitucional de que a função da propriedade é social, superando-se a compreensão romana quiritária em função do interesse exclusivo do indivíduo, proprietário ou possuidor.”³

Tendo em mente que “o administrador público não pode olhar as perspectivas de ordenação da cidade com olhos míopes”, devendo transportar-se “mentalmente muitos anos à sua frente e pensar que é possível fazer para evitar o caos urbano, dando passos que forem possíveis nessa direção, evitando a aglomeração, o “assentamento humano” desordenado e injusto, sob domínio do fenômeno da segregação residencial”⁴, cria o legislador nova modalidade de intervenção do Estado na propriedade, prevista no artigo 1228, §§ 4º e 5º, do Código Civil.

Existindo ainda grande polêmica quanto à natureza jurídica desse instituto, é objeto do presente estudo inseri-lo dentro da perspectiva constitucional da propriedade, analisando eventuais incompatibilidades com as normas atinentes à matéria e, principalmente, dimensionando seu potencial como uma das formas de consubstanciar o princípio da dignidade humana, na medida em que atende o direito fundamental à moradia.

Nesse contexto, a presente investigação tem por objetivo elaborar um estudo, interpretando detidamente a disposição do art. 1228, §§4º e 5º do Código Civil vigente, comparando-o ao instituto da usucapião especial urbana, e às previsões similares do Estatuto da Cidade, com o fim de analisar a capacidade do ordenamento em solucionar os problemas urbanísticos. Objetiva-se, igualmente, examinar até que ponto pode o novo instituto representar a via adequada, dentro do material normativo suscitado, para garantir o direito constitucional à moradia.

³ REALE, Miguel. *As Diretrizes Fundamentais do Projeto do Código Civil*. In: *Comentários sobre o projeto do Código Civil brasileiro*. Série Cadernos do CEJ. v. 20. Brasília: CJF, 2002.

⁴ TORRES, Marcos Alcino de A. *Instrumentos urbanísticos e a propriedade urbana imóvel*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 369.

Para que os objetivos delimitados fossem alcançados foi realizada uma pesquisa bibliográfica, tendo como objeto estudos pontuais dos institutos da usucapião especial e do Estatuto da Cidade, somente no tocante à matéria em foco, e minuciosa análise do novo Código Civil, especificamente no tocante aos §§ 4º e 5º do art. 1.228 e sua inserção nas diretrizes da Constituição Federal de 1988 concernentes à função social da propriedade.

2. CAPÍTULO I - A PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL

2.1. Propriedade: conceito

O termo propriedade pode significar, meramente, aquilo que é próprio de alguma coisa, ou seja, a qualidade inerente a algum objeto ou pessoa, sua essência ou caráter particular.

Plácido e Silva coloca que na linguagem, em sentido comum, propriedade, sem fugir ao sentido originário, é a condição em que se encontra a coisa, que pertence, em caráter próprio e exclusivo, a determinada pessoa. É, assim, a pertinência exclusiva da coisa, atribuída à pessoa. Mas, conceituada como instituição jurídica, é compreendida como o próprio direito exclusivo ou poder absoluto e exclusivo que, em caráter permanente, se tem sobre a coisa que nos pertence.⁵

No direito de propriedade encontram-se integrados os direitos de ser usada a coisa, o de fruir e gozar a coisa e o de dispor dela. O direito de usar da coisa é o de tirar dela todos os serviços que pode prestar, dentro das restrições legais, sem que haja modificação em sua substância. O direito de gozar da coisa exterioriza-se na percepção de seus frutos e na utilização de seus produtos. É, portanto, o direito de explorá-la economicamente. O direito de dispor da coisa é o poder de aliená-la a título oneroso ou gratuito, abrangendo o poder de consumi-la e o de gravá-la de ônus reais ou de submetê-la ao serviço de outrem. O direito de reivindicar a coisa é o poder que tem o proprietário de mover ação para obter o bem de quem injusta ou ilegitimamente o possui ou detenha, em razão de seu direito de seqüela.

É esse o entendimento de Maria Helena Diniz ao definir a propriedade como sendo o direito que a pessoa física ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, bem como de reivindicar de quem injustamente o detenha⁶, conforme os ditames da lei civil.

Orlando Gomes, pragmaticamente semeia que a conceituação da propriedade,

⁵ SILVA, Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: 1999, p. 650.

⁶ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 732.

pode ser feita à luz de três critérios: o sintético, o analítico e o descritivo. Sinteticamente, é de se defini-lo, com Windscheid, como a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa. Analiticamente, o direito de usar, fruir e dispor de um bem, e de reavê-lo de quem que injustamente o possua. Descritivamente, o direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei.⁷

Há que se mencionar que o direito de propriedade só é absoluto, exclusivo e perpétuo dentro dos limites legais, alicerçado que está numa ordem jurídica imposta pelo Estado. Ordem esta que extingue o direito natural, visto que é a coletividade que outorga ao indivíduo o direito de propriedade, bem como as bases que sustentam seu exercício. Ademais, tendo em vista que ao Estado incumbe o dever de zelar pelos interesses da coletividade - em detrimento dos interesses particulares -, o direito de propriedade está sujeito à revogação não somente por força de uso indevido que dele faça o titular, mas também para atender a necessidade ou utilidade pública ou, ainda, a interesse social.

2.2. A função social da propriedade

Consoante as lições de Eros Roberto Grau, o princípio da função social da propriedade fora primeiramente formulado por Augusto Comte e postulado por León Duguit no início do século XX, apesar de Gierke, em discurso publicado em 1889, ter suscitado a necessidade da imposição de deveres sociais sobre a propriedade privada.⁸

Vários foram os ilustres juristas que contribuiram para a maturação do conceito de propriedade com finalidade voltada ao âmbito social, entre eles podendo-se citar O. Von Gierke⁹ e Arboix y Campis¹⁰.

Nesse contexto, imprescindível asseverar o entendimento de León Duguit, que considera a propriedade possível, jurídica e socialmente, enquanto função social. Para o

⁷ GOMES, ORLANDO. *Direitos Reais*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 85.

⁸ GRAU, Eros Roberto. *Direito Urbano: regiões metropolitanas, solo criado, zoneamento e controle ambiental, projeto de lei de desenvolvimento urbano*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1983, p.20.

⁹ GIERKE, O. Von. *La función social del derecho privado*, Madri, 1904.

¹⁰ ARBOIX Y CAMPIS, Joaquim de. *La propiedad de la terra y su función social*. Bosch, Barcelona, s/d.

mestre francês, a propriedade não é e nunca teria sido um direito, porém ao detentor da propriedade que exercesse sua função social, o Estado deveria estender sua proteção. Sendo contrária a hipótese, a intervenção do poder público estaria legitimada na busca do cumprimento da função social da propriedade.¹¹

Também Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber creditam a Duguit a difusão do termo *função social da propriedade*, o qual teria sido primeiramente estampado na obra *Les transformations du droit prive depuis le Code Napoléon*. Contudo, dão mais destaque a contribuição da doutrina italiana, citando Salvatore Pugliatti e Stefano Rodotà, os autores relatam que foi na Itália que se soube dar à função social seu melhor sentido, “não como uma categoria oposta ao direito subjetivo, mas como um elemento capaz de alterar-lhe a estrutura, inserindo-se em seu *profilo interno* e atuando como critério de valoração do exercício do direito, o qual deverá ser direcionado para um *massimo sociale*.”¹²

Significa que o princípio da função social modifica a própria natureza do direito individual, estabelecendo como traço característico da nova concepção de propriedade uma “nítida sujeição do direito reconhecido aos respectivos titulares aos interesses da coletividade, em todos os níveis (...)”, como bem observa Luiz Roldão de Freitas Gomes.¹³ Para o referido autor, a função social diz respeito:

ao conteúdo mesmo do direito, em que se inserem situações passivas impostas a seu titular em favor do bem comum, que vão insculpindo nova conformação desse direito, mas em harmonia com os princípios da coexistência dos direitos e da prevalência do social, que norteiam a evolução jurídica contemporânea.¹⁴

No Brasil, desde a concessão das chamadas sesmarias, já havia preocupação com o cumprimento da função social, pois os sesmeiros deveriam cultivar a terra e daí tirar-lhe aproveitamento econômico. Afirma ainda o referido autor, que também as Ordenações Manoelinas e Filipinas já se ocupavam de questões ligadas ao uso do solo e a técnicas agrícolas.¹⁵

¹¹ DUGUIT, Leon. *Traité de Droit constitutionale*. Fontemoing. 3. ed. Paris, 1927, v. 1, p. 446.

¹² PETRUCCI, Jivago. A função social da propriedade como princípio jurídico. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 229, 22 fev. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4868>>. Acesso em: 05 mai. 2008.

¹³ GOMES, Luiz Roldão de Freitas *apud* CHALHUB, Melhim Namem. *Propriedade imobiliária: função social e outros aspectos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 14.

¹⁴ *Ibid.*, p. 14.

Após a independência, a Constituição de 1824 não se dedicou especificamente ao tema, afirmando o direito de propriedade “em toda sua plenitude”, ressalvada uma “única” exceção: o uso público indenizado do bem, quando legalmente necessário (art. 179, XXII).

Sob o governo republicano da Constituição de 1891, pouco se evoluiu, salvo na parte em que prevista a desapropriação por necessidade ou utilidade pública. Outrossim, muito influenciado pelo Código de Napoleão, o Código Civil de 1916 não incrementou a função social da propriedade, limitando-se a regular genericamente os casos de necessidade e de utilidade pública, para fins de desapropriação (art. 590 e §§1º e 2º), e de requisição de bens por autoridade pública (art. 591 e par. único).

A seguir, a função social só ganhou algum espaço na Constituição de 1934, cujo artigo 113, n. 17, estabelecia que o direito de propriedade não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma da lei.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, nenhum desenvolvimento se fez sentir na Constituição Federal de 1937, mas a Constituição de 1946 condicionou o uso da propriedade ao “bem-estar social” (art. 147), dando então margem à regulamentação por meio da Lei 4.132, de 10/09/62, que até hoje cuida dos casos de desapropriação por interesse social. Não bastasse, nos trabalhos legislativos que culminaram com a aprovação da desapropriação por interesse social na Constituição Federal de 1946, a proposta de emenda apresentada pelo Senador Ferreira de Souza já abordava expressamente a questão da função social.¹⁶

Então, editado o Estatuto da Terra (Lei 4.504, de 30/11/64), seu artigo 2º expressamente tratou da função social do imóvel rural. Daí por diante, a expressão “função social” foi incorporada nas Constituições posteriores, até se chegar à atual Constituição de 1988.

Consagrada na Constituição Federal de 1988 como Princípio Geral da Ordem Econômica e Financeira, a função social da propriedade suscita controvérsia na doutrina quanto à sua natureza. Para uma corrente, a função social refere-se à configuração estrutural do direito, elemento essencial à própria conceituação e conteúdo contemporâneo do direito subjetivo de propriedade.

¹⁵ PETRUCCI, Jivago. A função social da propriedade como princípio jurídico. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 229, 22 fev. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4868>>. Acesso em: 05 mai. 2008.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 109.

A ordem jurídica, através dos direitos subjetivos, cria um sistema organizacional das relações sociais estabelecendo correlatos deveres a esses direitos, possibilitando o progresso da sociedade e, na lição de Eros Roberto Grau, regulando “a preservação das condições de existência do homem em sociedade.”¹⁷

Desta forma, pode-se constatar nos direitos subjetivos uma situação jurídica complexa, onde se conjugam um poder e um dever, simultaneamente. Esta é a concepção adotada pela moderna civilística, segundo os ensinamentos de Roger Raupp Rios. Relata Marise Pessôa Cavalcanti que o referido autor ensina que no núcleo do direito de propriedade há um núcleo positivo (prática, pelo proprietário, nos limites da lei, de atos de senhorio) e um negativo (direito de excluir intromissões de outrem), coexistindo com o dever de exercício, que atenda aos interesses sociais. Não é essa obrigação um limite, imposto de fora para dentro, mas correlativo necessário das atribuições do proprietário, formando, assim, parte do conteúdo da propriedade. Assim, conclui que a norma que determina a função social da propriedade não é só um princípio programático dirigido ao legislador, nem se limita a conceder a este a faculdade de impor aos proprietários deveres de prestação de interesse público. Essa disposição se dirige diretamente ao proprietário que deve exercer seu direito, não só visando a atender seus próprios interesses, assim como de toda coletividade.¹⁸

Note-se que o dever é encargo, ônus que enseja conduta positiva. Neste ponto, torna-se relevante citar a opinião de Eduardo Vieira Manso, referindo-se ao dever do proprietário de utilizar a coisa: “Eis porque, desde 1919, a Constituição de Weimar disse, enfaticamente, que a propriedade obriga, porque, não sendo assim, ela terminaria, mesmo, por ser um roubo, como queria Proudhon, já em 1840.”¹⁹

Nesse sentido, a função social da propriedade insere-se dentro do aspecto classificado por Gustavo Tepedino como “elemento dinâmico ou funcional do direito de propriedade”. Extrapola, por assim dizer, o elemento econômico do direito de propriedade (“elemento interno”), o qual confere ao proprietário o direito de usar, gozar, fruir e dispor do bem, ou o aspecto jurídico desse direito, que outorga ao proprietário o direito de reaver a coisa ante ingerências alheias ao exercício desse direito²⁰. Nesse diapasão, a função social da

¹⁷ GRAU, Eros Roberto. Função social da propriedade (Direito Econômico). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. v. 39. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 31.

¹⁸ CAVALCANTI, Marise Pessôa. *Superfície compulsória – instrumento de efetivação da função social da propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 44.

¹⁹ MANSO, Eduardo Vieira. A função social da propriedade de solo rural. *Revista de Direito Civil*, nº 52, 1990, p. 111.

²⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Aspectos da Propriedade Privada na Ordem Constitucional*. Rio de Janeiro. Instituto de Estudos Jurídicos, 1991. Página 314.

propriedade deve ser “estudada através de outro aspecto, o qual não se integraria em sua estrutura, mas representaria a sua *ideologia*. Esse seria o aspecto dinâmico do direito de propriedade, seu aspecto funcional, o papel que a propriedade, ou, mais propriamente, o direito de propriedade desempenha nas relações sociais”²¹.

Assim, pode-se dizer que o direito de propriedade é um poder-função, o que torna seu titular, obrigado para com a sociedade, a comportamentos positivos, sintonizados com o interesse coletivo, e passível, portanto, de sanção pela ordem jurídica.

Para outra corrente, não pode a noção de propriedade ser transformada em mera função, em imposição de dever a ser cumprido pelo titular, diante da própria incompatibilidade entre direito e função, já que um significa liberdade e outro implica sujeição.

Na lição de Celso Ribeiro Bastos: “o cerne do nosso sistema jurídico-político repousa no fato de que não há uma oposição irrefragável entre o social e o individual (...)”²² O referido autor entende que há uma maximização do atingimento dos interesses sociais pelo exercício normal dos direitos individuais.

Relata ainda o mestre que “[...] função social da propriedade nada mais é que um conjunto de normas da Constituição que visa, por vezes até com medidas de grande gravidade jurídica, a recolocar a propriedade na sua trilha normal.”²³

Note-se que a argumentação da primeira corrente é incontestável. Segundo a própria inteligência popular, “o direito de um termina quando começa o do outro”. Não fosse difícil a prática, não haveria necessidade de o Estado intervir e normatizar as relações sociais.

Somente em uma sociedade utopicamente solidária, composta de homens de bom senso e elevada consciência social, seria possível imaginar que a fruição individual do bem, isoladamente, levaria automaticamente ao alcance de sua função social. Tal panorama, entretanto, ao menos em um primeiro momento, tem se revelado incompatível com a realidade da qual somos parte, demandando a intervenção estatal de modo a fazer valer, no exercício do direito de propriedade, os princípios sociais informadores de nosso ordenamento.

O equilíbrio entre a satisfação pessoal e a coletiva é o grande objetivo que deve nortear qualquer raciocínio, ou qualquer julgamento. Por isso, dentro da própria Constituição,

²¹ GONDINHO, André Osório. *Função Social d Propriedade*. In *Problemas de Direito Civil-Constitucional*, coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro. Ed. Renovar, 2000. P. 405.

²² BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários a Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 7, p. 124.

²³ *Ibid.*, p. 125.

no que se refere aos direitos e garantias individuais, quando se verifica um aparente paradoxo, no qual direitos igualmente assegurados entram, aparentemente, em choque, deve-se buscar um princípio maior, norteador de todo o ordenamento e que, forçosamente, terá âmbito social e privilegiará o bem comum, mesmo que para isto esteja, aparentemente, assegurando a satisfação individual. Nesse contexto insere-se o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana descrito no artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988.

Nestes termos, relevante citar Celso Ribeiro Bastos, quando fala sobre os objetivos a função social da propriedade:

A função social visa coibir deformidades, o teratológico, os aleijões, digamos assim da ordem jurídica. É o que cumpre examinar agora. Vale dizer, em que consistem aquelas destinações que poderão levar ao uso degenerado da propriedade a ponto de colocar seu titular em conflito com as normas jurídicas que a protegem. A chamada função social da propriedade nada mais é do que o conjunto de normas da Constituição que visa, por vezes, até com medidas de grande gravidade jurídica, recolocar a propriedade na trilha normal.²⁴

Porém, cabe a indagação de como se poderá fazer com que a propriedade cumpra com a sua função social. A questão não é simples e nem respondida de forma fácil com a mera indicação dos requisitos enumerados na Constituição Federal de 1988, ou seja, se o domínio preenche os requisitos está cumprindo sua finalidade para a sociedade, merecedor, portanto, da tutela estatal.

Essa é uma das razões pela qual o constituinte pátrio de 1988 colocou a garantia ao direito de propriedade e a sua função social em incisos separados e não no mesmo, como muitos doutrinadores gostariam de ver. Devido a esta estrutura da Magna Carta, conclui-se que o domínio basta por si só, não sendo sua finalidade social um ônus tão grande que torne a propriedade mera decorrência da função social a ela dada.

O sistema jurídico pátrio não prega uma contraposição entre os direitos individuais e coletivos de nossa população, mas acredita que o exercício normal dos direitos dos indivíduos levará naturalmente a que se atinjam os fins sociais.

Para tanto, a Lei Maior de 1988 dedica capítulo exclusivo à política agrícola e fundiária e à reforma agrária. Assim, estabelece a competência da União para promover a

²⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Op. cit.*, p. 125.

desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, restrita ao imóvel rural que não cumpra sua função social, ou seja, aquele em franca desobediência aos requisitos (art.186) de aproveitamento racional: utilização adequada de recursos naturais e preservação ambiental, observância da legislação trabalhista e exploração benéfica para proprietários e trabalhadores. Além disso, através do art. 191, conforme cita Barruffini, observa-se a constitucionalização da usucapião rural, *pro labore*, pelo qual se torna possível adquirir propriedade de área de terra, preenchendo-se os requisitos ali elencados. Destaca-se, aí, o caráter ético que advém da função social da propriedade, resultante de uma conduta omissiva do proprietário em contrapartida a uma conduta comissiva do prescribente.²⁵

A função social, todavia, não está restrita à propriedade rural, estende-se, também, à propriedade urbana, em capítulo especialmente dedicado à política urbana. É o Direito dinâmico adequando-se à evolução social, compatibilizando-se com os problemas advindos do crescimento das cidades e a conseqüente complexidade da vida nos grandes centros.

Com o objetivo de ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade e assegurar o bem-estar dos habitantes, a política de expansão urbana tem como instrumento básico o plano diretor, compulsório para cidades com população superior a vinte mil pessoas (art.182, *caput*, e § 1º, CF).

O cumprimento da função social da propriedade urbana vincula-se ao atendimento das exigências de ordenação da cidade, contidas no plano diretor de competência municipal (art.182, § 2º, CF), naturalmente compatíveis com as diretrizes do desenvolvimento urbano, instituídas pela União (art. 21, XX, CF).

Convém registrar que as cidades que não possuem um plano diretor precisam estabelecer as limitações ao direito de propriedade, visando o atendimento da função social da propriedade, sempre através de lei, atendidos, por óbvio, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sob a luz da prevalência do interesse público sobre o particular.

Segundo a Constituição Federal em vigor, o solo urbano, cuja utilização não se concilie com a função social, é passível de gradativas condicionantes. Nos termos da lei federal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, caso o proprietário não promova o aproveitamento adequado, o solo urbano poderá: em primeiro lugar, ser parcelado ou compulsoriamente edificado; em segundo, sofrer imposição de tributo progressivo; e, em terceiro, desapropriação punitiva, com indenização em títulos da dívida pública, resgatáveis

²⁵ BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. *Usucapião constitucional urbano e rural*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 190.

em parcelas anuais no prazo de dez anos (art.182, § 4º, I, II e III). Nas penas sucessivas, que devem ser aplicadas na ordem instituída constitucionalmente, conforme observa Corrêa, explicando que “a primeira é o parcelamento ou edificação compulsórios, enquanto a segunda - que deveria ser a primeira, porque menos dura - é o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo”.²⁶

A desapropriação-sanção constitui exceção à regra de indenização prévia e justa em espécie, no caso de imóveis urbanos (art.182, § 3º, CF), e decorre da inadimplência do proprietário diante das exigências do Poder Público municipal. Trata-se de expropriação que permitirá a venda do bem expropriado a terceiros, depois de parcelado e edificado, se necessário, o que constitui uma das características das desapropriações por interesse social, segundo Salles.²⁷

Considerada um avanço constitucional, na modalidade de desapropriação, todavia, “é de exeqüibilidade praticamente inalcançável. Raramente se chegará à desapropriação prevista no texto”.²⁸

Ainda no capítulo dedicado à política urbana, privilegiando a função social da propriedade, encontra-se previsto a usucapião urbana de área não superior a duzentos e cinquenta metros quadrados, utilizada como moradia durante cinco anos, por todo aquele que detenha sua posse mansa e pacífica e não seja proprietário de outro imóvel, quer urbano, quer rural (art.183, CF).

Dessa forma, torna-se forçoso reconhecer na propriedade seu caráter de instrumento político de ação social, realizado através das funções distributiva, orientadora, educativa. No texto da Constituição Federal de 1988, não é outra a natureza dos princípios gerais da atividade econômica, indicativos, no âmbito da propriedade, da política urbana, agrícola e fundiária, e da própria reforma agrária.²⁹

²⁶ CORRÊA, Oscar Dias. *A Constituição de 1988: contribuição crítica*. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 1991, p. 215.

²⁷ SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: RT, 1995, p. 751.

²⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 67.

²⁹ BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 294.

2.3. Penalizações pelo não cumprimento da função social

No vigente texto constitucional não são apenas os artigos 5º e 170 que tratam da função social da propriedade. Existem outros dispositivos constitucionais que trazem menções claras a este instituto. O art. 156, § 1º, dispõe que o IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano) será progressivo no tempo de forma a assegurar que o domínio tenha utilidade social, ou seja, a propriedade improdutiva paga mais imposto que a produtiva.

O art. 182, nos §§ 2º e 4º, dispõe a forma pela qual a propriedade urbana atenderá a sua função social e quais são os instrumentos postos a disposição do Município para que faça valer essa regra:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público Municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

(...)

§ 2º. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

(...)

§ 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:

I- parcelamento ou edificação compulsórios;

II- imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivos no tempo;

III- desapropriação com pagamento mediante títulos 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.

Portanto, conforme já dito anteriormente, o conteúdo da função social dos imóveis urbanos é aquele que derivar de seu Plano Diretor aprovado pela Câmara Municipal, que precisa estar em conformidade com política de desenvolvimento urbano do Município, sempre observando as diretrizes gerais fixadas em lei federal. Caso não sejam atendidas as condições estabelecidas pela municipalidade, esta possui como meios de coação as três formas existentes no § 4º, do art. 182, da Constituição Federal.

Conforme se denota claramente da exegese do texto constitucional a função social é cumprida quando a coisa atinge sua utilização econômica plena. Portanto, cumpre sua finalidade para a sociedade o imóvel que, levando-se em conta suas características peculiares, estiver produzindo o máximo de frutos que poderia produzir.

Explicita muito bem esta linha de raciocínio Celso Ribeiro Bastos:

Queira-mo-lo ou não, seja ou não do nosso gosto pessoal, o fato é que os objetivos fundamentais dos Estados modernos continuam a ser aqueles voltados ao desenvolvimento do potencial econômico. Embora quando se fale em desenvolvimento social queira-se mais referir a uma partilha equitativa dos bens produzidos, o fato é que nenhum Estado se contenta com o mero distributivismo. Uma política social eficaz só acaba afinal por ter êxito se lastreada em uma abundante produção de bens. Ninguém em sã juízo pode acreditar que um produto nacional insuficiente possa gerar o bem estar coletivo pelo mero fato de ter criado pessoas mais ou menos do mesmo nível de miséria.³⁰

Os artigos 184 e 185 da Lei Maior possibilitam a desapropriação de imóveis rurais que não estejam cumprindo sua função social, para fins de reforma agrária. Também remete para a lei complementar a fixação de normas referentes aos requisitos a serem cumpridos para que as propriedades sejam utilizadas de forma a atingir um fim social. O art. 186 da Carta Magna estabelece os requisitos para o atendimento da função social da propriedade rural:

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 trabalhadores.

Por outro lado, conforme já enfatizado, o próprio texto constitucional reserva à função social da propriedade posição de destaque, outorgando-lhe *status* de direito fundamental, ao listá-la junto aos direitos e garantias fundamentais.

³⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 196.

Desse modo, deve ser considerada como “regra fundamental, apta a instrumentalizar todo o tecido constitucional e, por via de consequência, todas as normas infraconstitucionais, criando um parâmetro interpretativo do ordenamento jurídico. É interessante notar que a Constituição reservou à função social da propriedade a natureza de princípio próprio e autônomo³¹”.

Desse modo, se por um lado a exegese destes dispositivos da Carta Magna brasileira leva a conclusões idênticas quanto às propriedades rurais e urbanas (i.e. cumprir com sua função social e produzir com plena capacidade), por outro, a função social da propriedade, ou o aspecto funcional do direito de propriedade, extrapola a mera realização econômica da imóvel.

Nesse sentido, há que se ter em mente que “o conteúdo da função social da propriedade é informado pelo próprio texto constitucional, que tem na dignidade da pessoa humana regra basilar e estabelece como objetivos fundamentais da República a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais regionais³²”.

Em face disso, alinham-nos à parte da doutrina que entende que ser “obrigatório reservar à função social uma interpretação pela qual o social de contrapõe ao pessoal-individual, prevalecendo assim uma postura econômica produtivista, ainda que atenuada, relativamente àquela codicística, pela referência à atuação das equânimes relações sociais e à noção de solidariedade social. A afirmação generalizada de que a propriedade privada tem função social não consente discriminações e obriga o intérprete a individualizá-la em relação à particular ordem de interesses juridicamente relevantes. Assim tem função social não somente a propriedade de empresa, mas também a da casa de habitação e dos bens móveis que ela contém, a da oficina de artesã e da propriedade do pequeno produtor (*diritta coltrivaticce*), a dos utensílios profissionais e dos animais e dos instrumentos de trabalho da empresa. Cada uma com uma diversa intensidade de utilização geral e individual, sem que, entre elas, devam encontrar-se lacerantes contrastes, com a consciência de que se pode realizar a função social, como em todas as hipóteses de propriedades ditas pessoais, ao satisfazer exigências merecedoras de tutela, não necessariamente e exclusivamente do mercado e da produção, mas também somente pessoais e existenciais individuais e comunitárias³³”.

³¹ TEPEDINO, Gustavo. *Aspectos da Propriedade Privada na Ordem Constitucional*. Rio de Janeiro. Instituto de Estudos Jurídicos, 1991. Página 318.

³² TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, pg. 318.

³³ PERLINGERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Rio de Janeiro. Ed. Renovar, 1997. Pg 230.

Em qualquer dos casos, uma vez não alcançada a função social específica de determinado bem, possui o administrador diversas formas de obrigar o seu cumprimento, culminando com a desapropriação. Deve-se, portanto, analisar caso a caso a situação em que se encontra o proprietário e o bem, para que se possa chegar a uma solução concreta e justa sobre a possibilidade de aplicar-se uma sanção devido ao não atendimento das finalidades sociais de um bem.

3. CAPÍTULO II - INSTITUTOS AFINS NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

3.1. Posse

Posse, no entender de Savigny, é o poder que tem a pessoa de dispor fisicamente de uma coisa, com intenção de tê-la para si e defendê-la contra a intervenção de outrem.³⁴ São dois, portanto, os elementos constitutivos da posse: o poder físico sobre a coisa, o fato material de ter esta à sua disposição, a detenção da coisa (*corpus*) e a intenção de tê-la como sua, a intenção de exercer sobre ela o direito de propriedade (*animus*). O primeiro designa o fato exterior, em oposição ao segundo, o fato interior. Dessa forma, não basta a simples detenção. Torna-se preciso seja ela intencional. Para ser possuidor não basta deter a coisa, requer-se ainda a vontade de detê-la, *animus domini* ou *animus rem sibi habendi*, isto é, como proprietário ou com a vontade de possuí-la para si.

Esses dois elementos se sobressaíram nas lições de Savigny, como a concepção *subjetivista* da posse, embora dizendo que a posse exige os dois elementos e Ihering, a quem se atribui a teoria *objetivista*, entendida como estando presente na posse apenas o elemento

³⁴ SAVIGNY *apud* MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil – direito das coisas*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 16.

material “*corpus*”, embora afirmasse esse eminente jus filósofo que o tal requisito não poderia existir sem o “*animus*”.

Dessa forma, posse é o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio ou propriedade. O possuidor, seja ou não proprietário, exerce um poder de fato sobre a coisa, conservando-a e defendendo-a. Assim acontece com o proprietário, sobre a coisa de que é dono, com o locatário, o comodatário, o usufrutuário etc. Todos eles são possuidores e exercem um poder de fato que tem proteção jurídica autônoma, independente do direito de propriedade. A posse tem por objeto coisas corpóreas e direitos reais que representem poder dominial, como o usufruto e outros.

Maria Helena Diniz, afirma que Ihering vê a posse como “a exteriorização da visibilidade do domínio, ou seja, a relação exterior intencional existente normalmente entre a pessoa e a coisa, tendo em vista a função econômica desta.”³⁵

O art. 1.196, do Código Civil de 2002 manteve a orientação do Código Civil de 1916, art. 485, ao conceituar como possuidor “todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”. Pela redação do referido artigo, a maioria da doutrina envereda pela idéia de que o sistema jurídico brasileiro adotou a teoria objetiva de Ihering, face a manifesta exigência de um dos poderes inerentes ao direito de propriedade, como o uso, o gozo e a fruição.

A posse, em nosso sistema jurídico, não exige o *animus domini*, ou intenção de ser dono, e também não exige o poder físico sobre a coisa. Prioriza-se a utilização econômica da coisa, sendo a posse a exteriorização do domínio. Por esse método objetivista, pode-se distinguir mais facilmente e seguramente posse e detenção, permitindo-se, inclusive, que um maior número de situações seja enquadrado como posse do que seria possível pela teoria subjetiva.

A conseqüência mais importante dessa orientação seguida pelo ordenamento pátrio a respeito da posse é a concessão das ações possessórias, previstas no Código de Processo Civil, a princípio em todas as hipóteses em que se configurem o *corpus* e a *affectio tenendi*, independentemente do *animus domini*, como no exemplo clássico do locatário, e ainda nos casos do usufrutuário, comodatário, depositário, transportador, administrador, testamentário e etc.

A posse se apresenta em diversas modalidades:

³⁵ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 700-701.

a) posse direta, onde o possuir direto se encontra com o bem em razão de um direito ou de um contrato como afirma Maria Helena Diniz;³⁶

b) posse indireta, quando o possuidor se encontra com o bem por força de cessão de uso, assim compreendido o usufrutuário, o locatário, o arrendatário, etc.;

c) posse justa é aquela que foi adquirida sem violência, clandestinidade e não se configurar como precária;

d) posse injusta se identifica de forma contrária à justa;

e) posse pacífica quando adquirida por meios pacíficos;

f) posse violenta é aquela que foi conseguida pela força física ou por meios de coerção moral; g) posse pública é aquela que se apresenta sem subterfúgios, à vista de todos e o possuidor não tem nenhuma razão para escondê-la;

h) posse clandestina é aquela estabelecida às ocultas de forma subreptícia, sem que o possuidor tenha qualquer interesse em que a mesma seja publicizada;

i) posse precária é aquela que se origina do abuso de confiança por parte de quem recebe a coisa com obrigação de restituí-la e, depois, se recusa a fazê-lo;

j) posse titulada compreende aquela que foi adquirida através de contrato ou que exista uma avença escrita que identifique o possuidor como seu titular;

l) posse de boa-fé quando há convicção do possuidor de que a coisa lhe pertence, ignorando que esteja prejudicando o direito de outra pessoa, nem que haja qualquer vício sobre tal direito; se configura ainda até quando o possuidor é portador de um título, mas sabe ser ilegítimo o seu direito em razão de algum vício ou obstáculo impeditivo do direito possessório.

Existe também o instituto da *composse*, caracterizado pela existência de duas ou mais pessoas exercendo, ao mesmo tempo, poderes possessórios sobre a mesma coisa, em quota ideal. Uma deverá exercer o direito possessório sem embaraçar o da outra ou inversamente.

Tem sido objeto de divergências doutrinárias a natureza jurídica da posse. Tratando-se de uma situação de fato com repercussão no mundo jurídico e criadora de um dever de abstenção e respeito para todos os membros de coletividade, uma corrente doutrinária quis

³⁶ Ibid., p. 702.

reconhecer na posse um *direito real* com todas as suas características legais, enquanto outros autores preferiam admitir apenas, no caso, um *simples fato*.

A doutrina brasileira tem sido, desde Lafayette e Ribas, no sentido de reduzir a posse a um fato que tem efeitos jurídicos. Para Arnoldo Wald:

a posse não é direito, pois produz os seus efeitos, sem que se tenha de indagar do título ou da existência do direito do possuidor. A posse, como a vida, é um fato, sendo tão jurídico o meio utilizado pela lei para proteger ou destruir este fato. Quanto às ações que protegem a posse, têm sido consideradas como ações reais *sui generis*.³⁷

Sustenta Savigny que a posse é ao mesmo tempo um direito e um fato. Considerada em si mesma é um fato; considerada nos efeitos que gera, isto é, usucapião e interditos, ela se apresenta como um direito. Para Ihering a posse é um direito. Partindo de sua célebre definição de direito subjetivo, segundo a qual aquele é o interesse juridicamente protegido, é evidente a natureza jurídica da posse.

Verdade que a posse difere dos outros direitos porque, enquanto nestes o fato que dá margem ao surgimento desaparece com a nascença do direito, na posse o direito só existe enquanto a situação de fato existir.

Concluindo, para Rubens Limongi França, “a posse não é protegida em razão de si mesma, senão como forma de proteção do direito de propriedade, que ela exterioriza”.³⁸ Significa dizer que a posse é um estado de fato, um poder de fato que alguém exerce sobre uma coisa, e cujo conteúdo é exclusivamente econômico, porque se relaciona com o aproveitamento econômico da coisa, considerada como objeto de satisfação das necessidades humanas. Mas é um estado de fato apenas no sentido de prescindir da existência de um título jurídico: há um direito à proteção da posse sem que a posse esteja fundada em direito.

³⁷ WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 43-44.

³⁸ LIMONGI FRANÇA, Rubens. As teorias da posse no direito positivo brasileiro. In: CAHALI, Yussef Sahid (coord.). *Posse e Propriedade*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 663.

3.2. Usucapião

A figura da usucapião surgiu no Direito Romano, com o fito de proteger a posse do adquirente imperfeito, que recebera a coisa sem as solenidades necessárias, de acordo com a legislação vigente àquela época. A aquisição imperfeita podia decorrer da falta de *mancipacio* (forma solene para transferir a propriedade), ou então, da ausência do direito a ser transmitido, quando o alienante não era o proprietário.³⁹

O Direito Romano estabeleceu uma dupla proteção para estes casos, garantindo, ao adquirente imperfeito, de um lado as ações possessórias e, após o decurso de certo lapso de tempo, que se transformasse em legítimo proprietário.

Usucapião é um dos modos de aquisição da propriedade e de outros direitos reais, mediante a posse continuada durante certo lapso de tempo, com os requisitos previstos na lei. É essa a lição de Silvio Rodrigues⁴⁰ e Lafayette Rodrigues.⁴¹

Conceito semelhante fornece Caio Mário da Silva Pereira: “Usucapião é a aquisição da propriedade ou de outro direito real pelo decurso do tempo estabelecido e com observância dos requisitos estabelecidos em lei.”⁴²

A usucapião é também chamada de prescrição aquisitiva, por ser um direito que é adquirido pela influência do fator tempo, assim como tantos outros são extintos pela prescrição extintiva.

Apesar de a aparência do instituto ter um caráter espoliativo, esta impressão é atenuada pela negligência do proprietário, como também pela necessidade da sociedade em ver a propriedade sempre fulcrada em uma função social, que colabore para o crescimento comunitário. É imperioso lembrar o fato de que ao dominante subsiste todo o prazo legal para se opor à ocupação de sua coisa e reavê-la, não o fazendo é que ocorre a prescrição.

Nestes termos, cabe a citação de Silvio Rodrigues sobre a função social desempenhada pela usucapião:

³⁹ WALD, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 174.

⁴⁰ RODRIGUES, Silvio *Direito civil*: Direito das coisas. São Paulo: Saraiva, 1998, p.103.

⁴¹ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Rio, 1977, p. 221.

⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 103.

Por outro lado o usucapião dá o prêmio a quem ocupa a terra, pondo-a a produzir. É verdade que o verdadeiro proprietário perdeu o seu domínio, contra sua vontade. Mas, não é injusta a solução legal, porque o prejudicado concorre com sua desídia para a consumação de seu prejuízo. Em rigor, já vimos, o direito de propriedade é conferido ao homem para ser usado de acordo com o interesse social e, evidentemente, não o usa dessa maneira quem deixa sua terra ao abandono por longos anos.⁴³

Confirmando este posicionamento, convém transcrever os ensinamentos de Caio Mário Pereira da Silva:

A tendência moderna, contudo, de cunho nitidamente objetivo, considerando a função social da propriedade, há de inclinar-se no sentido de que por ele se prestigia quem trabalha o bem usucapido, reintegrando-o pela vontade e pela ação nos valores efetivos da utilidade social, a que a prolongada inércia do precedente proprietário o condenara.⁴⁴

Diante do exposto, verifica-se que a usucapião dá juridicidade a uma situação de fato: a posse, fato objetivo, e o tempo, força que opera a transformação do fato em direito. Tem por fim acabar com as incertezas da propriedade, garantir sua estabilidade e segurança, considerando sua utilidade social. Dado a esse caráter social, não fere os princípios da justiça e da equidade.

No ordenamento jurídico pátrio, existem quatro espécies de usucapião de bens imóveis: a usucapião ordinária (art. 1.242, CC/02), usucapião extraordinária (art. 1.238, CC/02), usucapião *pro labore* ou usucapião especial rural (art. 191, CF/88 e art. 1.239 CC/02) e usucapião urbana ou usucapião especial urbana (art. 183, CF/88 e art.1.240, CC/02).

3.2.1. Usucapião ordinária

Disciplina-o o art. 1.242 do Código Civil de 2002: “Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos”.

⁴³ RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p. 103.

⁴⁴ SILVA, Caio Mário Pereira da. *Op. cit.*, p. 104.

O parágrafo único prevê o prazo de cinco anos para a hipótese de aquisição onerosa (afastada a aquisição gratuita por herança ou doação) devidamente registrada, cancelada por qualquer motivo relevante, desde que o possuidor habite o imóvel ou nele tenha realizado investimentos de interesse econômico e social.

Os pressupostos da usucapião ordinária são, pois, posse, decurso de dez ou cinco anos, justo título e boa-fé. No tocante ao primeiro, preciso se torna que a posse seja contínua e incontestada. Se o usucapiente veio a perdê-la por qualquer motivo, não mais será possível seu reconhecimento judicial, por uma espécie de retroatividade, ainda que no passado tivesse possuído por tempo suficiente para prescrever. Perdida a posse, inutiliza-se o tempo anteriormente vencido, isto se o prescribente não logrou recuperá-la.

Em segundo lugar exige-se o decurso do tempo, dez anos, ou cinco anos, nas hipóteses previstas no parágrafo único do art. 1.242 do novo Código Civil.

O terceiro requisito é o justo título, o fundamento do direito. Com relação ao domínio, vem a ser o negócio jurídico pelo qual se adquire ou se transfere a propriedade. Exige a lei que o título seja justo, isto é, se ache formalizado e devidamente registrado. No tocante a esse elemento, patente se revela a diferença entre usucapião ordinária e usucapião extraordinária, pois, neste, dispensável é o justo título.

Sobre este requisito, torna-se relevante transcrever a lição de Washington de Barros Monteiro:

o usucapiente, para invocar o usucapião ordinário, deve ter mais que título, título justo, hábil à aquisição do domínio, como uma escritura de compra e venda, um formal de partilha ou uma carta de arrematação, com aparência de legítimo e válido. Ainda que qualquer desses títulos se ressinta de vício ou irregularidade, o decurso do tempo tem a virtude de escoimá-lo de seus defeitos, desde que concorram os demais requisitos do usucapião.⁴⁵

Há que se ressaltar, todavia, que o vício não deve ser de forma, nem constituir nulidade absoluta.

O último requisito da usucapião ordinária é a boa-fé, vale dizer, a crença de que realmente lhe pertence a coisa possuída. É a certeza de seu direito, a confiança inabalável no

⁴⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 126.

próprio título, sem vacilações, sem possibilidade de temperamentos ou de meio-termo. A boa-fé ou é integral, ou não existe. Ela há de verificar-se ao ter início a posse do usucapiente e subsistir por todo o tempo dela. Se o mesmo tem ciência do vício que lhe impede a aquisição do domínio, inexistente boa-fé. Se comum o imóvel possuído, inadmissível se torna a usucapião ordinária, só cabendo a extraordinária, desde que o usucapiente tenha excluído os demais consortes.

3.2.2. Usucapião extraordinária

Regula-se essa espécie pelo art. 1238 do Código Civil de 2002, nos seguintes termos:

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

O parágrafo único desse artigo prevê que, na hipótese de o possuidor residir no imóvel ou desenvolver nele atividades produtivas, o prazo de que fala o *caput* será reduzido para dez anos. A propriedade tem de cumprir sua função social, e o possuidor não pode esperar, por longo tempo, para adquirir o domínio pela prescrição aquisitiva; do contrário, seria beneficiado o proprietário negligente.

Em face do citado art. 1238, os requisitos da usucapião extraordinária são a posse, o decurso do tempo, a sentença do juiz e o seu registro no Cartório de Registro de Imóveis. Não se exige, portanto, justo título nem boa-fé, como ocorre na usucapião ordinária.

Conforme ensina Washington Monteiro de Barros, a posse *ad usucapionem* deve ser ininterrupta e sem oposição, além de exercida com ânimo de dono (*quantum possessum, tantum praescriptum*). Tais requisitos são indispensáveis, cumprindo assim ao autor, que pretenda reconhecimento da usucapião, demonstrar que sua posse sobre o imóvel, exercida *animus domini*, durante o prazo legal, nunca foi interrompida, nem sofreu oposição ou contestação de quem quer que seja.⁴⁶

⁴⁶ Ibid., p. 124.

O espaço de tempo, na usucapião extraordinária, é o decurso de quinze anos, ou dez anos, no caso do parágrafo único do art. 1238 do Código Civil. A posse deve ter atravessado todo esse lapso de tempo de modo contínuo, não interrompido e sem impugnação. Tal assentimento ou aquiescência dos vizinhos, bem como a diuturnidade da posse, faz presumir que não existe direito contrário ao manifestado pelo possuidor. A usucapião repousa em duas situações bem definidas: a atividade singular do possuidor e a passividade geral de terceiros, diante daquela atuação individual. Se essas duas atitudes perduram contínua e pacificamente por quinze anos, ou dez anos, ininterruptos, consuma-se a usucapião. Qualquer oposição subsequente se mostrará inoperante, porque esbarrará ante o fato consumado.

O terceiro requisito é o reconhecimento por sentença da referida situação. O autor, com posse contínua e ininterrupta por quinze anos, ou dez anos, consecutivos, requererá ao juiz declare por sentença tal situação. Observe-se, porém, que não é a decisão judicial que lhe confere o domínio. Resulta este da posse sem oposição e do decurso do tempo, isto é, da convergência dos elementos que conduzem à usucapião. A sentença corresponde apenas à solene declaração de um direito preexistente.

Finalmente, o derradeiro requisito vem a ser o registro da sentença no cartório de registro imobiliário. Com a decisão da autoridade judiciária, possível se torna o registro do imóvel na circunscrição imobiliária competente, permitindo, de então por diante, sua livre disposição. A sentença é o título para o registro, idêntico aos demais títulos de aquisição em geral.

No direito anterior ao Código Civil de 1916, exigia-se ainda o concurso da boa-fé, embora fosse o título dispensado também. Atualmente, porém, como se acentuou, prescinde-se tanto do título como da boa-fé; ou melhor, na usucapião extraordinária, tais elementos presumem-se *juris et de jure*.

3.2.3. Usucapião pro labore ou especial rural

A Constituição de 1946, no art. 156, § 3º, secundando as de 1937 (art. 148) e de 1934 (art. 125), instituiu outra modalidade de usucapião, *o pro labore*, em benefício daquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupasse, por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, trecho de terra não superior a vinte e cinco hectares, tornando-o produtivo pelo seu trabalho e tendo nele sua morada. Reunidos tais requisitos, o

ocupante adquiria a propriedade, mediante sentença declaratória, devidamente registrada no cartório de registro imobiliário.

O Estatuto da Terra (Lei n. 4.504, de 30-11-1964, art. 98) igualmente contemplou esse usucapião especial, tornando-se claro que o mesmo só poderia concernir à imóvel rural, destinado à pecuária e à agricultura, ou outra atividade produtiva, não se estendendo, de tal arte, a terrenos urbanos ou citadinos.

A usucapião especial teve por objetivo, portanto, a fixação do homem no campo, requerendo ocupação produtiva do imóvel, devendo neste morar e trabalhar o usucapiente. Como se percebe, a usucapião especial não se confunde com o previsto no Código Civil de 1916, que se contentava com a simples posse, ainda que desacompanhada de residência e de aproveitamento efetivo. O Código Civil de 2002 manteve a mesma orientação.

A Lei n. 6.969, de 10-12-1981, trouxe importantes inovações ditadas pelo propósito de acelerar a reforma agrária. De acordo com o seu art. 1º:

todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, possuir como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área rural contínua, não excedente de vinte e cinco hectares, e a houver tornado produtiva com seu trabalho e nela tiver sua morada, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de justo título e boa-fé, podendo requerer ao juiz, que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para transcrição no Registro de Imóveis.

Esclarece o art. 2º que a usucapião especial, a que a Lei se refere, abrange as terras particulares e as terras devolutas, em geral, sem prejuízo de outros direitos conferidos ao possessor, pelo Estatuto da Terra ou pelas leis que dispõem sobre processo discriminatório de terras devolutas.

A Constituição de 1988, retomando o tema da usucapião rural, estabeleceu no art. 191 que aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possuir 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. Essa orientação foi seguida pelo art. 1239 do Código Civil de 2002.

São requisitos para consumir-se a usucapião especial: a) quanto à gleba a ser usucapida: deve localizar-se em zona rural, pertencer ao domínio particular, ser inferior a

cinquenta hectares; b) quanto à pessoa do usucapiente: não pode ser proprietário de imóvel urbano ou rural, deve residir na gleba e nela trabalhar pessoalmente ou com o auxílio de sua família, tornando-a produtiva; c) quanto ao tempo: a posse assim exercida deve estender-se por cinco anos ininterruptos, sem oposição.⁴⁷

3.2.4. Usucapião urbana ou especial urbana

Ao tratar da política de desenvolvimento urbano, a Constituição consignou que 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 (art. 183).

Como se vê, os requisitos para a usucapião especial urbana são praticamente os mesmos da usucapião rural. No tratamento do que se deve entender por família, esclarece o constituinte que o título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil (art. 183, § 3º), e engloba a família constituída pelo casamento, a união estável correspondente à entidade familiar, e a comunidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

A usucapião prevista no art. 183 da CF, agora adotado pelo Código Civil de 2002 no art. 1.240, é a chamada usucapião especial urbana, com características próprias que fazem ressaltar o caráter social do instituto.

Começando pela legitimidade, somente poderá beneficiar-se com a usucapião especial urbana a pessoa física que não tenha título de propriedade de outro imóvel urbano ou rural. Cumpre não perder de vista que o imóvel deverá estar localizado em área urbana e ter dimensões máximas de duzentos e cinquenta metros quadrados, não podendo ser de domínio público. A posse deve prolongar-se pelo prazo mínimo de cinco anos ininterruptos e o bem deverá destinar-se à moradia do usucapiente ou de sua família. O direito à usucapião não será reconhecido mais de uma vez ao mesmo possuidor.⁴⁸

Por último, há que se ressaltar que, da mesma forma que o possuidor rural, o urbano não poderá, por mais de uma vez, invocar o direito à aquisição pela posse prolongada

⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 746.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 747.

de acordo com os pressupostos especiais elencados pela Lei Fundamental. Nada impede, por outro lado, que venha a novamente alegar usucapião do direito comum.

À semelhança do que sucede com a usucapião especial no campo, o imóvel urbano deverá servir, a contar do seu *dies a quo* da relação possessória, de moradia do usucapiente e de sua família.

3.3. Desapropriação

A desapropriação representa uma das modalidades de perda da propriedade. É um instituto que não se aplica de forma aleatória nem somente ao sabor do exclusivo desejo do Poder Público, eis que conhece certos limites impostos por lei, a começar pelo inciso XXIV do art. 5º da Constituição Federal que o limita às hipóteses de necessidade, utilidade pública e interesse social, além de exigir o pagamento de prévia e justa indenização ao expropriado.

Não há grandes divergências sobre o conceito de desapropriação, a qual, diga-se desde logo, pode incidir sobre bens móveis e imóveis.

No entender de José Cretella Júnior, o princípio maior que informa o instituto desapropriatório é o de predominância, sempre, do interesse público sobre o interesse privado, em todas as épocas e em todos os países. Não importa se por necessidade pública ou utilidade pública, ou interesse social, desde que seja o fundamento expropriatório social, coletivo, público, em qualquer uma das suas modalidades, e nunca individual.⁴⁹

Do ponto de vista teórico, a desapropriação é o procedimento pelo qual o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, retira compulsoriamente a propriedade de alguém, mediante prévio e justo pagamento de indenização. O objeto primordial da desapropriação é a transferência do bem se incorporando ao patrimônio da união, entretanto tal fim, só será

⁴⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários às leis de desapropriação*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 16.

alcançado se atender às razões acima mencionadas como: necessidade pública, utilidade pública ou interesse social.

Pontes de Miranda também fornece uma excelente conceituação do que seja a desapropriação: “ato de direito público mediante o qual o Estado transfere direito ou subtrai o direito de outrem, a favor de si mesmo, ou de outrem, por necessidade, ou utilidade pública, ou por interesse social, ou simplesmente o extingue.”⁵⁰

Pinto Ferreira, por sua vez, considera desapropriação

o instituto de direito público, pelo qual a autoridade expropriante competente, por ato legal, adquire a propriedade de bem imóvel ou móvel de propriedade de outra pessoa, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, salvo a indenização em títulos de dívida pública nos casos de reforma agrária, por motivo de necessidade, ou utilidade pública, ou interesse social.⁵¹

Carlos Ari Sundfeld, por sua vez, a define como: “procedimento estatal destinado a substituir compulsoriamente um direito de propriedade pelo equivalente econômico, de modo a permitir sua afetação a um interesse público ou social.”⁵²

Celso Antonio Bandeira de Mello, de forma mais abrangente, assim se expressa sobre a matéria:

A desapropriação se define como o procedimento através do qual o Poder Público, compulsoriamente, por ato unilateral, despoja alguém de um bem certo, fundado em necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, adquirindo-o originalmente mediante indenização prévia e justa, pagável em dinheiro ou, se sujeito passivo concordar, em títulos da dívida pública com cláusula de exata correção monetária, ressalvado à União o direito de saldá-la por este meio nos casos de certas datas rurais, quando objetivar a realização da justiça social através da reforma agrária (...)⁵³

Ainda que sejam inúmeras as definições encontradas na doutrina, pode-se conceituar, *lato sensu* e sem maiores controvérsias, que a desapropriação é o procedimento administrativo através do qual o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de

⁵⁰ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed., t. 4º, 1953, p. 216.

⁵¹ FERREIRA PINTO. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 104.

⁵² SUNDFELD, Carlos Ari. *Desapropriação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 14.

⁵³ MELLO, Celso Antunes Bandeira de. *Elementos do direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 188-189.

necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, de forma unilateral e compulsória, priva alguém de uma propriedade e a adquire para si, através de indenização prévia, justa e em dinheiro.

Há que se ressaltar que qualquer que seja o ponto de vista, a desapropriação é um ato de imposição, dir-se-ia, até mesmo, de força, e o poder e o direito de desapropriar, sem dúvida, consubstanciam a faculdade máxima do poder estatal de intromissão no âmbito do direito de propriedade, limitação esta que traduz um propósito de bem condicionar o exercício do direito de propriedade.

3.3.1. Pressupostos constitucionais

A Constituição do Império do Brasil, de 1824, prescrevia no Art. 179, item 22:

É garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público, legalmente verificado, exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A lei marcará os passos com que terá lugar esta única exceção e dará as regras para se determinar a indenização.

Referindo-se a tal dispositivo, o maior intérprete da Constituição, que foi Pimenta Bueno, já dizia:

Não obstante o que anteriormente ponderamos é também certo que o homem vive em sociedade, que tem deveres para com esta, para com a defesa do Estado ou outras relações do bem comum. Conseqüentemente se o bem público legalmente verificado exige o uso ou emprego da propriedade do cidadão, a sociedade deve ter o direito de realizar a desapropriação. O que a lei deve fazer é marcar de antemão os únicos casos em que terá lugar essa exceção, estabelecer as regras fixas que regulem a indenização, e não dispor da propriedade antes de previamente verificar e realizar essa indenização.⁵⁴

A lei determinaria, portanto, os casos de desapropriação em favor do bem público, sendo que a Lei de 29.9.1926 fixou os casos de desapropriação por necessidade, ao passo que a Lei nº. 353, de 12.7.1848, disciplinou a expropriação por utilidade pública geral ou

⁵⁴ PIMENTA, Bueno. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Ministério da Justiça, 1958, p. 420.

municipal da Corte. O Ato Adicional de 12.8.1840, no Art. 10, § 3º, permitiu às Assembléias Legislativas provinciais o poder de legislar sobre desapropriação, por utilidade municipal ou provincial. A Constituição de 1891, no Art. 72, § 17, determinava: “O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia”.

Quanto à Lei Magna de 16.7.1934, aduzia no Art. 113, item 17:

É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

A Carta outorgada de 1937, no Art. 122, item 14, dizia: “O direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhes regularem o exercício.”

As Constituições de 1946 (Art. 141, § 16) e de 1967 (Art. 153) repetiram, praticamente, o texto de 1934, permitindo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro.

Com o advento do Estado intervencionista, por volta do final da Primeira Grande Guerra, todas as Constituições liberais começaram a admitir o princípio da função social da propriedade, o qual trouxe, em sua esteira, dentre outros institutos, a Ordem Econômica e Social, com ênfase plena da desapropriação da propriedade particular.

Atualmente, a desapropriação é prevista na Constituição Federal de 1988 ao longo de vários dispositivos, quais sejam, artigos. 5º, XXIV, 22, II, 182, §§ 3º e 4º, e III, e 184.

Na legislação ordinária, têm-se: Decreto-Lei nº. 3.365, de 21.6.1941, que dispõe sobre desapropriação por utilidade pública; Lei nº. 4.132, de 10.09.1962, que define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação; Decreto-Lei nº. 554, de 25.4.1969 (revogado pela Lei Complementar nº. 76 de 6 de julho de 1993), que dispõe sobre desapropriação, por interesse social, de imóveis rurais, para fins de reforma agrária; Decreto-Lei nº. 1.075, de 22.01.1970, que regula a imissão de posse em imóveis residenciais urbanos.

3.3.2. Objeto

Em seu artigo 2.º, o Decreto-lei 3.365/41 expõe claramente que todos os bens estão sujeitos à desapropriação, sejam eles: coisas móveis, imóveis ou semoventes; corpóreos ou incorpóreos; públicos ou privados; desde que tenham conteúdo patrimonial. O próprio espaço aéreo e o subsolo também podem ser expropriados quando sua utilização acarretar prejuízo patrimonial ao proprietário do solo.

Da mesma forma, também os direitos são objeto de desapropriação, desde que tenham valor econômico. Como exemplo pode-se citar os direitos autorais.

Quanto aos bens públicos, o § 2º do mencionado Decreto-lei estabelece dois requisitos: que os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios possam ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, não sendo possível à entidade política menor ou local expropriar bens da entidade política maior ou central; em qualquer das hipóteses em que a desapropriação seja possível, deverá ela ser precedida de autorização legislativa da pessoa jurídica expropriante.

A seu termo, o § 3.º acrescentado ao artigo 2.º do Decreto-lei n.º 3.365/41 pelo Decreto-lei 856, de 11.08.1969, proíbe a desapropriação, pelos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, de ações, cotas e direitos representativos do capital de instituições e empresas cujo funcionamento dependa da autorização do Governo Federal e se subordine à sua fiscalização, salvo mediante prévia autorização, por decreto do Presidente da República.

Elucida Maria Sylvania Zanella Di Pietro que

aos bens pertencentes às entidades da administração indireta, aplica-se, por analogia, o artigo 2.º do Decreto-lei n.º 3.365, sempre que se trate de bem afetado a uma finalidade pública. Tais bens, enquanto mantiverem essa afetação, são indisponíveis e não podem ser desafetados por entidade política menor.⁵⁵

O entendimento exposto corrobora a orientação adotada na Súmula nº. 157 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual: “é necessária prévia autorização do Presidente da República para desapropriação, pelos Estados, de empresa de energia elétrica”.

⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Op. cit.*, p. 142.

Há, contudo, determinados tipos de bens que são inexpropriáveis, como os direitos personalíssimos, dentre eles o direito à liberdade, à honra, à cidadania, à vida, à imagem, aos alimentos, etc. Mencionados direitos não podem ser expropriados porque não possuem conteúdo patrimonial.

Quanto à desapropriação para reforma agrária, seu objeto é o imóvel rural que não atende à sua função social, conforme o artigo 186 da Constituição. Porém, o artigo 185 proíbe que essa modalidade de desapropriação incida sobre a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra, e a propriedade produtiva.

A desapropriação prevista no artigo 182, § 4º da Constituição Federal tem incidência tão somente sobre solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, e desde que seu proprietário não cumpra as exigências do Poder Público, referenciadas no mesmo dispositivo.

3.3.3. Principais aspectos do instituto da desapropriação

Inúmeras teorias procuram fundamentar e justificar o instituto da desapropriação, sendo as principais: a) coletivista; b) do domínio eminente do Estado; c) do pacto social; d) da prevalência do interesse público sobre o privado, ou teoria da colisão de direitos; e) da função social da propriedade; f) da alienação compulsória.

a) Teoria coletivista: conforme esta doutrina, a propriedade primitiva era comunitária, comunista, da coletividade e, sendo meramente tolerada a propriedade individual pelo Estado, reservou-se este o direito de novamente avocá-la para si, quando necessário.

b) Teoria do domínio eminente do Estado: segundo esta doutrina, o Estado exerce um super-domínio sobre seu território, como atributo da própria soberania. Em face disto, ele pode limitar ou suprimir a propriedade individual, quando achar conveniente.

c) Teoria do pacto social: esta teoria afirma como o fundamento do próprio Estado o contrato social entre os cidadãos, de modo a restar implícita a eventualidade de se sacrificar a propriedade de cada um no interesse de todos.

d) Teoria da prevalência do interesse público sobre o privado ou teoria da colisão de direitos: esta teoria é simplista, mas bem fundamentada: a desapropriação se justifica pela subordinação do direito particular ao direito do Estado.

e) Teoria da função social da propriedade: esta doutrina já fora preconizada por Santo Tomás de Aquino, para quem o proprietário de um bem deveria utilizá-lo como um gestor perante a sociedade, de modo a favorecer o maior número possível de indivíduos. A doutrina da função social da propriedade reconhece a propriedade individual, desde que condicionada ao interesse público. Percebe-se que o conceito de propriedade no Direito brasileiro inspirou-se nestas duas últimas teorias, como se observa nos dispositivos constitucionais citados anteriormente.

f) Teoria da alienação compulsória: para esta concepção, a desapropriação vem a ser uma alienação compulsória, pois no procedimento expropriatório estão presentes a entrega do bem e o pagamento do preço. Tal doutrina peca gravemente ao omitir o acordo de vontades, essencial a qualquer convenção.

Com efeito, a lei pode obrigar a dar, a fazer e a suportar, mas não a querer. Atualmente, a Constituição Federal garante a propriedade privada nos artigos 5º, *caput*, e XXII, e 170, III. Reconhece, todavia, como uma tendência irreversível do Estado moderno, a possibilidade da interferência do Poder Público na mudança compulsória da destinação de um bem, ajustando aos interesses sociais, mediante a desapropriação, o confisco ou a requisição.

No que tange à incidência da desapropriação, podem ser seu objeto tanto os bens móveis como os bens imóveis e, mesmo, o espaço aéreo, na hipótese do art. 2º, § 1º do Decreto-Lei nº. 3.365, de 21.06.1941.

Mediante declaração de utilidade pública todos os bens podem ser desapropriados, pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Os bens dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios podem ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas em qualquer caso o ato expropriatório deve ser precedido de autorização legislativa.

Por outro lado, é vedada a desapropriação, pelos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, de ações, cotas e direitos representativos do capital de instituições e empresas cujo funcionamento dependa de autorização do Governo Federal e se subordine à sua fiscalização, salvo mediante prévia autorização, por decreto do Presidente da República.

Enquanto o art. 5º, XXIV, da Constituição Federal refere-se à necessidade ou utilidade públicas, o art. 184 trata do interesse social. Na legislação ordinária, o Decreto-Lei nº. 3.365/41 trata da desapropriação por utilidade pública, ao passo que a Lei nº. 4.132/62 e o

Decreto-Lei nº. 554-69 (revogado pela Lei Complementar nº. 76/93) referem-se a interesse social.

Qual o sentido de tais expressões? Por necessidade pública, no plano essencialmente doutrinário, entende-se a situação de emergência, incontornável, a exigir, por parte da Administração Pública, a transferência imediata, para esta, de um bem particular.

Hely Lopes Meirelles observa, com muita clareza, que “a necessidade pública surge quando a Administração defronta situações de emergência, que, para serem resolvidas satisfatoriamente, exigem a transferência urgente de bens de terceiros para o seu domínio e uso imediato.”⁵⁶

Nas situações emergenciais pode ocorrer que o Estado, abusando do poder, e em detrimento do princípio do devido processo legal, se apossa de imóvel particular sem prévia manifestação judicial. Em tal hipótese, cabe ao particular a defesa da posse, invocando normas do Código Civil e do Código de Processo Civil. Se o apossamento se prolonga e o Poder Público realiza obras no imóvel, não será mais possível a reintegração do proprietário na posse, sob pena de comprometimento do serviço público efetuado.

Neste caso, compete ao desapossado ação de indenização por desapropriação indireta. Ao julgar procedente a ação e fixar o valor da indenização, o juiz decretará a incorporação do bem ao patrimônio público.

Seabra Fagundes considera supérflua a distinção entre necessidade pública e utilidade pública, assim:

A lei absteve-se de repetir a dúplíce expressão do texto constitucional, necessidade ou utilidade pública. Adotou critério mais simples, mais prático, e, conseqüentemente, melhor. Na expressão utilidade, como já tivemos oportunidade de dizer em comentário anterior, se podem enquadrar todos os casos. Se necessário é o que é imprescindível, útil é o que é conveniente. De modo que o conceito de utilidade sendo mais amplo que o de necessidade, este se torna dispensável como justificativo da expropriação. É muito prático o sistema da Lei. A menção da necessidade, ao lado da de utilidade, é redundante, especiosa e inútil. Nenhum choque há entre a lei e a Constituição pela referência que nesta se faz à necessidade ou utilidade públicas. A lei, ante a permissão constitucional do expropriação por qualquer desses motivos, permissão que os equipara em intensidade e efeito, unificou todos os casos como de utilidade pública. Todas as medidas que se enquadrem em qualquer das espécies discriminadas se consideram de utilidade pública, e, como tais, justificativas da desapropriação.⁵⁷

⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 508.

⁵⁷ FAGUNDES, Seabra. *Da Desapropriação no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, p. 91.

Quanto à utilidade pública consideramo-la quando a transferência de bens particulares para a Administração Pública não se mostra imprescindível, embora conveniente. O interesse social, também caracterizado pela utilidade social da desapropriação feita em seu nome, distingue-se da utilidade pública pelo fato de o bem desapropriado ser destinado, diretamente, à coletividade ou beneficiários credenciados pela lei, ao passo que, se caso fosse de utilidade pública, ele seria destinado à própria Administração ou seus delegados.

Quanto às espécies de desapropriação, preliminarmente, é fundamental distinguirmos três espécies de desapropriação, previstas na própria Constituição Federal:

- a) desapropriação ordinária (art. 5º, XXIV);
- b) desapropriação para reforma urbana (art. 182, § 4º);
- c) desapropriação para reforma agrária (arts. 184 e 185).

A desapropriação ordinária é o procedimento destinado a substituir, compulsoriamente, um direito de propriedade por uma indenização justa e prévia e em dinheiro.

Na desapropriação ordinária a indenização deve preceder a perda da propriedade, e corresponderá ao justo valor do bem, devendo ser efetuada em dinheiro. A adjectivação justa para tal indenização invoca, desde logo, os preceitos da equidade, como se depreende do art. 24 do Decreto-Lei nº. 8.365-41:

Na audiência de instrução e julgamento proceder-se-á na conformidade do Código de Processo Civil. Encerrado o debate, juiz proferirá sentença fixando o preço da indenização. Parágrafo único. Se não se julgar habilitado a decidir, o juiz designará desde logo outra audiência que se realizará dentro de 10 (dez) dias, a fim de publicar a sentença.

Com efeito, oportuna a advertência de Seabra Fagundes a respeito:

[...] a sentença na ação expropriatória demanda ponderado estudo das condições da coisa e do seu valor sob diversos aspectos (valor intrínseco, desvalia ou valorização da área remanescente etc.), não constituindo operação intelectual das mais simples o seu proferimento. Por isto mesmo a lei permite, a exemplo do Código de Processo Civil, que o juiz não a profira

na própria audiência, reservando-se para prolatá-la em seu gabinete, examinando mais a vagar o processo.⁵⁸

Carlos Ari Sundfeld entende como justa,

a indenização que deixa o expropriado indene, sem dano. Para tanto, há de corresponder ao efetivo valor do bem ou direito, de modo a representar aquilo que se obteria no mercado, e recompor os eventuais prejuízos gerados pela desapropriação.⁵⁹

À indenização serão acrescidos: a) correção monetária incidente a partir da data da fixação da quantia devida (ou da avaliação), até a de seu pagamento; b) juros compensatórios de 12% ao ano, havendo imissão na posse do bem por antecipação, juros estes contados desde o momento da imissão até o pagamento; c) juros moratórios de 6% ao ano, devidos pelo retardamento na quitação do preço, e contados a partir do trânsito em julgado da decisão que o fixar, até o pagamento; d) honorários de advogado, em percentual fixado pelo juiz e aplicado sobre a diferença entre o valor oferecido pelo expropriante e o estabelecido na decisão judicial; e) despesas processuais, como custas e honorários de perito, a serem reembolsadas pelo expropriante quando sucumbir, isto é, quando a indenização fixada superar o valor oferecido.

São órgãos competentes para a desapropriação ordinária: a) a União; b) os Estados; c) o Distrito Federal; d) os municípios. Nos termos do Art. 14 do Decreto-Lei nº. 512-69, em casos de expropriações para finalidades rodoviárias, é também competente o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem.

Quanto ao procedimento na desapropriação ordinária, pode ser administrativo ou judicial, este configurado na ação de desapropriação prevista nos artigos 11 a 30 do Decreto-Lei nº. 3.365/41.

Quanto à desapropriação para reforma urbana (art. 182, § 4º da Constituição Federal), pode ser conceituada como o procedimento do Poder Público deflagrado por município ou pelo Distrito Federal, com o objetivo de substituir, compulsoriamente, o direito de propriedade sobre um imóvel urbano inadequadamente explorado, mediante indenização em títulos da dívida pública.

⁵⁸ FAGUNDES, Seabra. *Op. cit.*, p. 284.

⁵⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. cit.*, p. 24.

Fundamento maior desta espécie é a função social da propriedade, e as diferenças básicas que apresenta com a desapropriação ordinária são: a) inobservância da função social urbana; b) dos bens que atinge (apenas imóveis urbanos inadequadamente aproveitados); c) natureza da indenização (títulos da dívida pública); d) competência para decretá-la (limitada aos municípios e ao Distrito Federal).

Os imóveis urbanos cumprem sua função social quando são adequadamente explorados, atendendo às exigências do plano diretor da cidade em que estão situados. Os proprietários de tais imóveis devem utilizá-los adequadamente, sob pena de incorrer nas sanções do art. 182, § 4º, da própria Constituição Federal. A indenização não precisa ser prévia e nem ser correspondente ao valor de mercado, limitando-se ao valor real, ou seja, prevenindo-se a desvalorização da moeda entre a data do pagamento e a do resgate dos títulos.

Finalmente, a desapropriação para reforma agrária (art. 184 da Constituição Federal), definida como o procedimento estatal iniciado pela União e destinado a substituir, compulsoriamente, o direito de propriedade de imóveis rurais improdutivos de grande extensão ou titularizados por proprietários de outros imóveis rurais, por uma indenização prévia, justa e em títulos da dívida agrária.

Esta espécie não se confunde com a desapropriação ordinária, porque seu fundamento é a inobservância da função social rural, porque os bens que atinge são, exclusivamente, imóveis rurais improdutivos de grande extensão, porque é diversa a indenização que enseja (títulos da dívida pública, com ressalva do valor das benfeitorias úteis e necessárias) e, finalmente, porque a competência para decretá-la é restrita à União Federal.

Os requisitos para o atendimento à função social dos imóveis rurais estão elencados no art. 186 da Constituição Federal. Quanto à indenização, deve ser prévia, ou seja, anterior à perda da propriedade, e justa, isto é, suficiente a manter indene o patrimônio financeiro do expropriado. O pagamento será feito em títulos da dívida agrária, sendo feito em dinheiro quanto ao valor das benfeitorias úteis e necessárias, e em títulos quanto ao valor da terra e das benfeitorias voluptuárias.

Quanto à competência para desapropriar, tem-na apenas a União Federal, por si ou por seus delegados. Quanto ao procedimento, é o do Decreto-Lei nº. 3.365/41, até que lei complementar crie o “procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação”, conforme art. 184, § 3º da Constituição Federal.

3.3.4. Competência

Primeiramente, cabe esclarecer que a competência para legislar sobre desapropriação é atribuída exclusivamente à União. Estabelece o art. 22, II da Constituição Federal: “Compete privativamente à União legislar sobre: (...) II – desapropriação.”

Contudo, a competência para desapropriar, ou seja, para promover a declaração expropriatória, segue a seguinte disposição:

a) no caso de desapropriação por utilidade ou necessidade pública: à União, aos Estados, aos Municípios, ao Distrito Federal e aos Territórios;

b) em se tratando de desapropriação por interesse social:

b.1) para fins de reforma agrária: apenas à União;

b.2) para promover a utilização adequada de imóveis urbanos: apenas aos Municípios;

b.3) para os demais casos: à União, aos Estados, aos Municípios, ao Distrito Federal e aos Territórios.

Ainda, detêm competência para promover a desapropriação, além das pessoas jurídicas acima referidas: as autarquias, fundações governamentais, empresas públicas, sociedades de economia mista, permissionárias de serviços públicos, os demais estabelecimentos de caráter público em geral ou que exerçam funções delegadas do Poder Público e concessionários de serviços, quando autorizados por lei ou por contrato.

Dessa forma, tem-se que:

a) Competência Legislativa – A competência para legislar sobre a desapropriação é unicamente da União Federal, com base no art. 22, II, da Carta Constitucional Brasileira.

b) Competência declaratória – esta é a competência para declarar a autoridade pública ou o interesse social do bem com vista à futura desapropriação, com efeito, são competentes para submeterem um bem à força expropriatória, isto é, competentes para declarar a utilidade pública ou o interesse social de um bem para fins de desapropriação, sai a união, Estado, municípios e Distrito Federal, está prevista no art. 2º do dec.-lei nº. 3.365, de 31 de junho de 1941. Enfim, tratando-se de desapropriação social, para o fim específico de promover a reforma agrária, a competência para a declaração expropriatória é exclusiva da união federal, como registra o art. 184 e parágrafo da C.F.

c) Competência executória – podem promover a desapropriação, ou seja, praticar os atos concretos para efetivá-la depois de existente uma declaração de utilidade pública expedida pelos que têm poder para submeter um bem à força expropriatória, além da União, Estados, municípios, Distrito Federal, as autarquias, os estabelecimentos de caráter público em geral ou que exerçam função delegada do poder público e as concessionárias de serviço, quando autorizados por lei ou contrato, nos termos do art. 3º Decreto-lei 3.365/41.

4. CAPÍTULO III - A PRIVAÇÃO DA PROPRIEDADE FUNDADA NA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO NOVO CÓDIGO CIVIL E NO ESTATUTO DA CIDADE

4.1. A usucapião especial urbana no Estatuto da Cidade

Regulamentando os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, foi editada, em 10 de julho de 2001, a Lei 10.257, que se auto-intitulou “Estatuto da Cidade”. Esta lei veio estabelecer as diretrizes gerais da Política Urbana, objetivando a solução dos problemas resultantes da urbanização da sociedade moderna, especialmente os relacionados com o acesso à moradia.

Além de estabelecer as diretrizes que devem ser seguidas pela Política Urbana, este diploma legal previu também vários instrumentos colocados à disposição da sociedade e da Administração Pública Municipal para a efetivação de direitos fundamentais, dentre eles o direito à segurança, ao bem-estar dos cidadãos, ao meio-ambiente e à moradia. Dentre os vários instrumentos de Política Urbana, constantes em seu art. 4º, o Estatuto da Cidade deu especial enfoque à usucapião especial de imóvel urbano, disciplinando-o nos artigos 9º, 10, 11, 12 e 13.

A inovação, realmente marcante e revolucionária, operada pelo Estatuto da Cidade em sede de usucapião especial urbana (instituto já tratado em capítulo anterior) foi a criação de uma nova modalidade desta espécie de usucapião, o coletivo. Ele está previsto no art. 10:

Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para a 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.

§ 1º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

§ 2º A usucapião especial coletiva de imóvel será declarada pelo Juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis.

§ 3º Na sentença, o juiz arbitrará igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas.

§ 4º O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio.

§ 5º As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes.

Assim, permitiu o Estatuto da Cidade que as áreas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados fossem usucapidas coletivamente por todos aqueles que possuam a área e a façam como sua moradia, pelo prazo de cinco anos ininterruptamente e sem oposição, sempre que não for possível a identificação dos terrenos ocupados por cada possuidor e desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel, urbano ou rural.

Dessa forma, os requisitos desse novo tipo de usucapião são: a) que a área (evidentemente particular, em face do disposto no art. 183, § 3º da CF/88) tenha mais de duzentos e cinquenta metros quadrados; b) que a área seja ocupada por população de renda baixa (conceito, este que não é trazido pela lei); c) que o usucapiente more efetivamente na área, só ou com sua família. Ressalte-se não se exige que a área seja ocupada exclusivamente para fins residenciais, de forma que, provando o usucapiente que, além de manter pequeno comércio ou outra atividade profissional, também tem sua moradia na área usucapienda, estará satisfeito este requisito; d) que a posse dessa área seja sem oposição e ininterrupta pelo prazo de cinco anos (entendido o prazo de ocupação por parte da comunidade ali residente).

A declaração dessa usucapião coletiva constitui um condomínio especial entre os possuidores, que tem as seguintes características:

a) Igualdade de frações, quer dizer, cada possuidor tem fração ideal da área urbana que foi objeto da ação de usucapião, salvo acordo escrito, feito antes da inserção da carta de sentença no registro imobiliário, que estabeleça quotas diversas;

b) Indistinção das frações ideais. Assim, não há que se falar áreas comuns e autônomas;

c) Indivisibilidade. Dessa forma, salvo deliberação favorável de dois terços dos condôminos, em caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio, não podem os condôminos dividir a área usucapida entre si;

d) Validade das decisões por maioria dos presentes;

e) Vinculação dos discordantes ou ausentes (as decisões da maioria dos presentes vinculam os discordantes e os ausentes).

Diante desses requisitos, torna-se evidente a adaptação do antigo instituto à realidade das metrópoles brasileiras, nas quais as favelas são paradoxal e concomitante causa e efeito da degradação urbanística. Como bem coloca Edésio Fernandes:

O Estatuto da Cidade reconheceu que a crise generalizada de moradia e a proliferação de formas de ilegalidade urbana, no que tange aos processos de acesso ao solo e à moradia – produzidas, como tenho argumentado, pela combinação entre a falta de políticas habitacionais adequadas e a ausência de opções suficientes e acessíveis oferecidas pelo mercado imobiliário – são ao mesmo tempo resultados e causas de vários dos problemas urbanos enfrentados pelos municípios. Além de regulamentar os referidos institutos já existentes do usucapião especial urbana e da concessão de direito real de uso, que devem ser usados pelos municípios para a regularização das ocupações respectivamente em áreas privadas e em áreas públicas, a nova lei avançou no sentido de admitir inequivocadamente a utilização de tais instrumentos de forma coletiva.⁶⁰

O Estatuto da Cidade ainda traz algumas inovações processuais, como o rito sumário para as ações de usucapião, a possibilidade de alegação de usucapião especial urbana como matéria de defesa, o sobrestamento de todas as ações petitorias ou possessórias futuras quando houver a ação de usucapião, tratando também da legitimidade.

⁶⁰ FERNANDES, Edésio. Legalização de favelas em Belo Horizonte: um novo capítulo na história. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. *A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano*. Belo Horizonte: DelRey, 2003, p. 199-200.

4.2. O art. 1228, §§ 4º e 5º da Lei 10.406/02 e a função social da propriedade

4.2.1. Introdução

O Código Civil de 2002 vem sendo, desde a sua edição, alvo de várias manifestações, tanto por parte da opinião pública quanto por parte de juristas de maior renome. O fato é que o novo Código trouxe inúmeras inovações: umas mais patentes, que vieram à tona já desde o momento da publicação da lei e outras de percepção mais difícil, que só vêm exurgindo quando da sua efetiva aplicação ao caso concreto.

Dentre os temas que vêm suscitando grande alvoroço desde a promulgação do novo Codex, está a norma contida no art. 1228, §§ 4º e 5º, objeto desta dissertação

Antes de começarmos, contudo, uma análise mais minuciosa acerca desse dispositivo, vale discorrer, ainda que brevemente, sobre os princípios que serviram de norte para elaboração de todo o Código, tendo, por isso, papel central em qualquer interpretação que se pretenda fazer das normas nele contidas.

4.2.2. Os princípios informadores do Novo Código

4.2.2.1. *O Princípio da Socialidade*

O princípio da socialidade, nos dizeres do coordenador-geral do projeto de Código Civil, Prof. Miguel Reale, pode ser definido da seguinte forma:

“Se não houve vitória do socialismo, houve triunfo da “socialidade”, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana. Por outro lado, o projeto se distingue por maior aderência à realidade contemporânea, com a necessária revisão dos direitos e deveres dos cinco principais personagens do Direito

Privado tradicional: o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador”.⁶¹

Em resumo, pode-se dizer que o princípio da socialidade vem dar corpo, no novo Código Civil, a uma das tendências mais importantes trazidas pela Carta Constitucional de 1988: a noção de que os institutos de direito privado devem ser vistos não apenas sob uma perspectiva individual, mas essencialmente sob orientação dos princípios fundamentais que motivaram sua criação e justificam sua existência dentro do corpo social, dentre eles, destacadamente, o da dignidade da pessoa humana.⁶²

4.2.2.2. *O Princípio da Eticidade*

O Princípio da Eticidade nos conduz a uma tendência do novo Código de recorrer, sempre que possível, a critérios éticos, de mais baixa densidade normativa, mas que conferem ao julgador mais amplo campo de atuação, de modo a permitir-lhe trazer a Justiça ao caso concreto. É o caso de conceitos como boa-fé (em seu sentido objetivo), equidade, justa causa, entre outros tantos, que são trazidos à baila em inúmeros artigos da nova Lei Civil. Novamente recorre-se aos dizeres de Miguel Reale, que, ao reconhecer ser imprescindível a presença do elemento ético no ordenamento, assim asseverou:

“Tal reconhecimento vem estabelecer uma função mais criadora por parte da Justiça em consonância com o princípio da eticidade, cujo fulcro fundamental é o valor da pessoa humana como fonte de todos os valores. Como se vê, o novo Código abandonou o formalismo técnico-jurídico próprio do individualismo da metade deste século, para assumir um sentido mais aberto e compreensivo, sobretudo numa época em que o desenvolvimento dos meios de informação vêm ampliar os vínculos entre indivíduos e comunidade”.⁶³

4.2.2.3. *O Princípio da Operabilidade*

⁶¹ REALE, Miguel. “Visão geral do projeto de Código Civil”, in *Cidadania e Justiça*, Rev. da Associação dos Magistrados, n° 5, p. 65.

⁶² Sobre o tema, vide SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, in *A Constituição Concretizada – construindo pontes com o público e o privado*.

⁶³ REALE, Miguel. Op. cit., p. 66.

O último dos três princípios vem fazer referência à “operabilidade” do novo Código, ou seja, à noção de que toda norma nele contida foi confeccionada de modo a que pudesse realizar-se da forma mais plena possível. De modo a permitir a execução mais direta e fácil dessas normas, foram, algumas vezes, deixadas de lado filigranas de caráter meramente técnico e que tornavam tortuosa a aplicação da norma ao caso concreto.

Cite-se, como exemplo, a distinção entre prescrição e decadência, feita de forma clara, através da enumeração de todas as hipóteses de prescrição, sem que se perceba, aparentemente, maiores apegos a rigorosismos de natureza eminentemente teórica.

Chegamos, assim, ao final dessa breve análise geral do novo Código Civil que nos permitiu extrair elementos importantes acerca dos princípios que nortearam sua elaboração, devendo, por isso, ser levados em conta quando da interpretação de suas normas.

4.2.3. O Artigo 1228, §§ 4º e 5º: Análise Normativa.

4.2.3.1. *Descrição do Instituto*

O Código Civil de 2002, nos cinco parágrafos do art. 1228, disciplinou de forma genérica os múltiplos usos de propriedade. Serão objeto de análise mais detida a partir deste marco, entretanto, as regras contidas nos §§ 4º e 5º, que dispõem, *in verbis*:

Art. 1228.: 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.

§ 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.

Mais uma vez recorrendo à opinião do professor Miguel Reale, pode-se dizer que os referidos parágrafos consagram uma “inovação do mais alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só um novo conceito desta, mas também um novo conceito de posse, que se poderia qualificar como sendo de posse-trabalho”.⁶⁴ Isto porque, vislumbra-se a posse *pro labore*, atuando como imperativo social restritivo do absoluto direito de propriedade.

Inobstante a posição de Miguel Reale, diverge a doutrina no que diz respeito à natureza jurídica do instituto em comento. Enquanto uma corrente tende a emprestar-lhe natureza de usucapião, outros, a seu turno, inclinam-se por qualificá-lo como um modo de desapropriação implementada por particulares, em substituição ao Poder Público, enquanto parte da doutrina entende-o como um instituto completamente novo, merecendo, portanto, autonomia conceitual.

Para os processualistas Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, o mencionado dispositivo “cria a desapropriação judicial”, o que definem como

o ato pelo qual o juiz, a requerimento dos que exercem a posse-trabalho, fixa na sentença a justa indenização que deve ser paga por eles ao proprietário, após o que valerá a sentença como título translativo da propriedade, com ingresso no registro de imóveis em nome dos possuidores, que serão os novos proprietários.⁶⁵

Compartilha do mesmo posicionamento, Maria Helena Diniz, ao afirmar ser essa uma “hipótese em que se dá ao Poder Judiciário o exercício do poder expropriatório em casos concretos”.⁶⁶ Ademais, ao contrário da típica sentença de cunho declaratório da usucapião, a hipótese em tela dá origem a sentença do tipo “constitutivo”, na medida em que o ato judicial só terá eficácia translativa de domínio após o pagamento da indenização.

Ocorre que, como ensina Hely Lopes Meirelles, a desapropriação, como um ato de intervenção do Estado na propriedade, “é a mais drástica das formas de manifestação do poder de império”, poder esse cuja iniciativa é naturalmente exclusiva do Estado. Ademais, é o

⁶⁴ REALE, Miguel *apud* NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 5. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 419.

⁶⁵ NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.*, p. 419.

⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 18. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 178.

procedimento expropriatório composto por uma fase declaratória e outra executória, que por seu turno pode ser administrativa, em caso de acordo, ou por vezes necessariamente judicial.⁶⁷

Destarte, verifica-se que a reivindicação de propriedade retratada no § 4º do art. 1228 se dá pela coletividade de possuidores. São eles os reivindicantes. Entende-se que o “considerável número de pessoas” deve compor o pólo ativo da relação jurídico-processual. Criou, assim, o legislador uma forma de litisconsórcio ativo unitário e necessário. E a desapropriação, por ser um instituto de Direito Administrativo, não pode ser transfigurada a ponto de possibilitar a legitimação ativa de particulares na relação jurídica material subjacente.

Ademais, não se pode confundir o instituto com algum tipo de desapropriação, pois o registro da propriedade se dá em favor de particulares. Assim, falta-lhe a característica mais singela da desapropriação que é a transferência compulsória da propriedade particular (ou pública de entidade de grau inferior para a superior) para o Poder Público ou seus agentes delegados.

Outras objeções podem, ainda, ser alinhadas:

- não há procedimento administrativo que o anteceda;
- não é, necessariamente, o Poder Público quem deve suportar a despesa com a indenização, pois o débito a que se refere o § 5º gera vínculo jurídico obrigacional para todos os possuidores, proporcionalmente à área obtida individualmente;
- já existe hipótese de interesse público para desapropriação em caso muito semelhante (art. 2º, IV, da Lei 4.132, de 10/09/62); e
- a antiga tradição brasileira segundo a qual ao juiz não compete decidir sobre a oportunidade e conveniência da desapropriação (art. 9º do DL 3.365, de 21/06/41).

Por sua vez, a usucapião empresta base jurídica a situações de fato, funcionando como um prêmio a quem atribui prestabilidade socioeconômica ao bem, assim como, de outro passo, consubstancia uma sanção ao proprietário inerte. Trata-se, segundo corrente doutrinária e jurisprudencial majoritárias, de forma originária de aquisição da propriedade. Independe,

⁶⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 569.

portanto, para sua realização, de pagamento de preço ou indenização, bastando o cumprimento dos pressupostos legais para que os possuidores adquiram a propriedade.

Desse modo, muito embora guarde semelhanças com o instituto da usucapião, dessa forma de aquisição da propriedade aquela prevista no art. 1228, § 4º se afasta.

Dá sustentação a essa corrente Armando Antonio Lotti, ao assim afirmar:

Afasta-se, com isso, as idéias de usucapião ou desapropriação como paradigmas do novel instituto. Usucapião não é porque a aquisição, na espécie, dá-se, como já dito, pelo registro do título (carta de sentença) após o pagamento do preço, e não pela satisfação, tão-só, dos pressupostos de natureza objetiva e subjetiva previstos no § 4º.⁶⁸

Pode-se dizer, assim, que se trata de instituto novo, ou forma inédita de privação da propriedade. No entanto, por mais que não se possa equipará-lo, com precisão, a qualquer das formas pré-existentes de aquisição da propriedade privada, deve-se procurar, sempre que possível, aproximá-lo dos institutos já presentes em nosso ordenamento e que com ele guardem intimidade.

Isso porque, como em diversas outras partes da Lei 10.406/02, também aqui reservou o Legislador enorme espaço para atuação do Magistrado na resolução dos litígios que venham a surgir por ocasião da ocorrência da hipótese do art. 1228, §§ 4º e 5º. Reforça esse pensamento a utilização de diversas expressões e cláusulas absolutamente abertas e de baixa densidade normativa na redação do artigo mencionado.

Assim é que será de grande utilidade a associação dessa nova modalidade de privação da propriedade a institutos já consagrados e de trânsito freqüente em nos nossos Tribunais, de modo a torná-la mais operacional e, portanto, efetiva, principalmente no que tange aos seus aspectos materiais e processuais.

4.2.3.2. *Análise Processual*

⁶⁸ LOTTI, Armando Antônio. *Da chamada aquisição da propriedade por interesse social*, in O Novo Código Civil e o Registro de Imóveis. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

Abrindo um breve intervalo, permitimo-nos cuidar, ainda que forma menos detida do que o assunto mereça, dos aspectos processuais ligados ao novo dispositivo. Nessa seara, deparamo-nos com questões de grande interesse, que terão, conjuntamente com os contornos materiais da norma, de ser mais precisamente delineados pela Jurisprudência com o passar do tempo.

Dessa forma, interessantes as ponderações de Adroaldo Furtado Fabrício, para quem a questão de quem seria o detentor da propriedade originariamente, discutida na reivindicatória, deve ser esclarecida, em caráter prejudicial, antes que se passe à lide vinculada à privação da propriedade.

Para ele, portanto, deve ser desenvolvida, dentro de um mesmo processo, primeiramente, a questão prévia da propriedade, objeto reivindicatório. Terminada essa fase, deve, posteriormente, o juiz, caso suscitada a hipótese dos §§ 4º e 5º durante a reivindicatória pelos ocupantes, decidir acerca do mérito ligado a essa forma de aquisição da propriedade.

Continuando, entende o jurista tratar-se de modalidade de litisconsórcio, ressaltando, entretanto, as dificuldades processuais com que se depararão os operadores do direito, tendo em vista a abundância de lacunas na Lei no que tange ao rito a ser seguido.

A título ilustrativo segue o professor, não estaria claro se todos os ocupantes se beneficiarão da aquisição da propriedade ou somente aqueles que fizeram parte do litisconsórcio, por exemplo. Nem existe previsão precisa acerca da forma e momento para proposição do pedido pelos possuidores ou mesmo da necessidade desse pedido, admitindo-se, para tanto, a possibilidade de o juiz reconhecer o direito dos possuidores de ofício.

Por fim, não está claro, tampouco, em que momento se estabeleceria o universo de ocupantes que se beneficiaria da aquisição do domínio: se no ato da propositura da ação reivindicatória, no momento do pedido pelos réus/ocupantes ou no momento da sentença.

Tal controvérsia se impõe em razão do fato de existir grande rotatividade de pessoas em ocupações dessa natureza, fundada essa rotatividade em transmissões de posse absolutamente informais. Outro problema, ligado a essa realidade, dá-se no sentido de se admitir a transmissão (por sucessão ou acessão) da posse para cumprimento do requisito do decurso do prazo de cinco anos.

Dessa forma, embora reticente quanto à operacionalidade, principalmente do ponto de vista processual, do dispositivo em tela, destaca o jurista o papel fulcral do juiz e da Jurisprudência na solução dessas e outras questões que possam surgir no caso concreto.⁶⁹

4.2.3.3. *Aspectos Pontuais.*

Aprofundando-se de forma mais detalhada nos elementos contidos no novo instituto, conclui-se ser da maior importância o papel do magistrado na sua realização. Nesse diapasão, a ilustrar a necessidade de participação mais ativa do juiz na operabilidade da norma, traz-se à baila alguns aspectos pontuais do dispositivo legal sob análise.

Da leitura de sua redação, tem-se que, por força do § 4º do art. 1228 do Código Civil de 2002, poderá o juiz decretar a perda da propriedade sobre imóvel de extensa área, havendo ininterrupta posse de boa-fé, por mais de cinco anos, por parte de considerável número de pessoas, desde que os possuidores tenham na área realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. De outro lado, exige o § 5º seja fixada justa indenização ao proprietário, condicionando ainda o registro do imóvel em nome dos possuidores somente quando for pago o preço.

Primeiramente, há que deixar claro que o novo instituto, que inegavelmente tem por propósito proteger e promover a função social da posse depende de prévio ajuizamento, pelo proprietário, de ação reivindicatória.

Quanto às obras e serviços de interesse social e econômico relevante, novamente foi legada ao Magistrado a função de decidir acerca de sua ocorrência nas hipóteses que se lhe apresentem. Não haveria, a princípio, qualquer vedação a que se considerasse como tal qualquer moradia construída para comodamente abrigar uma família, podendo ser mesmo modesta alvenaria considerada como sendo de interesse social. Tampouco lhe seria obstado julgar também obra ou serviço como sendo de interesse social, ainda que desenvolvido por pessoas de alta posição social e abastada condição financeira. Deve-se apenas objetar a ociosidade da propriedade, que poderia albergar famílias ou gerar produtividade econômica, seja no caso de imóvel rural ou urbano.

⁶⁹ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A privação da propriedade segundo o art. 1.228, §4, do Código Civil: aspectos processuais*. Palestra proferida no Seminário Comemorativo dos 100anos da Ed. Forense, em 6, 7 e 8 de maio de 2004.

Interessante ressaltar, entretanto, que a existência de cláusulas abertas permite a aplicação da Lei a diversas situações de fato. Desse modo, o que for de interesse social para determinada cidade do interior nordestino pode não o ser para grande capital do sudeste. Por outro lado, ainda que se esteja tratando de uma mesma cidade, pode-se pensar em interesse social distinto dependendo da área em que se pretenda construir. Nesse sentido, pode-se pensar que será de interesse social o que vier ao encontro das previsões do Plano Diretor do Município, por exemplo. Novamente, deixa-se aqui amplo espaço para atuação do Magistrado, a quem caberá conduzir o processo de modo a fazer valer a *ratio legal*.

O mesmo raciocínio se aplica às expressões “considerável número de pessoas” e “extensa área”. Conclui-se, assim, ter sido o objetivo do legislador o de abrigar o maior número possível de casos concretos com a redação legal. A amplitude da aplicabilidade da Lei dependeria, portanto, apenas da capacidade e da atuação firme do magistrado na realização da previsão legal para os casos que se lhe apresentem.

Outros requisitos, como o prazo de cinco anos e a posse ininterrupta, também foram postos como exigência legal. Some-se a isso a boa-fé, o que, sem dúvida, poderia autorizar aos menos avisados que apenas um justo título, uma locação ou comodato conferem o direito, sendo que esses dois últimos são incompatíveis com a idéia de usucapião ou desapropriação.

Volvendo ao requisito da boa-fé, cumpre observar que este existe apenas quando os ocupantes ignoram o vício, ou o obstáculo, que lhes impede a aquisição da coisa ou do direito possuído. Nesse sentido os artigos 1200 e 1201, *caput*, do novo Código Civil. Se a posse for clandestina, precária, violenta ou tisonada por objeções jurídicas à sua legitimidade, será de má-fé.

Entende-se, por isso, que a boa-fé veiculada no § 4º do art. 1228 refere-se à posse não eivada, límpida de qualquer vício jurídico ou social, pois do contrário não vingariam os preceitos virtuais que inspiram a lógica jurídica e faria cair por terra tudo que até hoje se estudou acerca de posse justa ou injusta, de boa ou de má-fé.

Enfim, não se pode perder de vista que a expropriação somente se concretizará após o pagamento do preço justo. A expedição da sentença, que valerá como título aquisitivo da propriedade a ser levado a registro, é condicionada ao pagamento pelos ocupantes do valor de estabelecido em juízo, assim avaliado, embora não esteja expresso na lei, previamente por Perito Judicial.

Também aqui não falta espaço a demandar a intervenção ativa e profunda do juiz na construção do direito no caso concreto. Isso porque é ele quem vai determinar o preço a ser pago como condição à transmissão da propriedade.

Primeiramente, reside a dúvida em se determinar quem seria o responsável pelo pagamento, se o Poder Público ou os possuidores, beneficiários da “expropriação judicial”.

À primeira corrente filiam-se aqueles que preferem aproximar o instituto da desapropriação. Vale citar, nesse sentido, as opiniões de Edílson Pereira Nobre Júnior⁷⁰ e Venício Antonio de Paula Salles. Por outro lado, é majoritário o entendimento de que os responsáveis pelo pagamento serão os próprios possuidores. À essa corrente filiam-se o Professor Ricardo César Pereira Lira e Adroaldo Furtado Fabrício.

Nessa linha também o Enunciado de nº 84 da I Jornada de Direito Civil Promovida pelo Conselho de Justiça Federal, que assim assertou:

84 – Art. 1.228: 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.

Desse modo, uma vez pago o preço, observados os critérios fixados na construção jurisprudencial efetuada no caso concreto, torna-se possível a aquisição da propriedade pelos possuidores por meio de registro da sentença. Interessante observar que, novamente aqui, manifestaram-se os membros participantes da III Jornada de Direito Civil os quais, através de dois enunciados, trataram de tecer um norte para elucidação de dois aspectos polêmicos ligados ao montante a ser pago: o valor do preço e a existência de prazo para o seu pagamento. Foram essas conclusões inscritas nos Enunciados 240 e 241, a saber:

240 – Art. 1.228: A justa indenização a que alude o parágrafo 5º do art. 1.228 não tem como critério valorativo, necessariamente, a avaliação técnica lastreada no mercado imobiliário, sendo indevidos os juros compensatórios.

241 – Art. 1.228: O registro da sentença em ação reivindicatória, que opera a transferência da propriedade para o nome dos possuidores, com fundamento

⁷⁰ NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *A Posse e a propriedade no novo Código Civil*, em exposição realizada durante Seminário *Grandes Temas Jurídicos: O Novo Código Civil*, em 14 de junho de 2002.

no interesse social (art. 1.228, § 5o), é condicionada ao pagamento da respectiva indenização, cujo prazo será fixado pelo juiz.

Afasta-se, assim, a vinculação necessária do preço a ser pago ao valor de mercado do imóvel também pagamento de juros compensatórios. Desse modo, afirma-se a idéia mesmo de “preço”, em contraposição à de indenização, comum os atos de desapropriação pelo Poder Público.

Por outro lado, também se visa objetar o prolongamento, por tempo indefinido, do prazo para que os possuidores efetuem o pagamento, o que certamente contribuirá para a manutenção da segurança jurídica, sem embargo da implementação dessa modalidade de perda da propriedade.

Entende-se serem esses os traços de maior relevo do novel instituto, a merecer atenção mais detida no presente trabalho. Passamos, então, a uma análise comparativa dessa modalidade de privação da propriedade, tendo como paradigma a Lei 10.257/01, mais conhecida como “Estatuto da Cidade”.

4.3. A forma de privação do direito de propriedade previsto no art. 1228, §§ 4º e 5º do Código Civil e o Estatuto da Cidade

A primeira ressalva que se há de fazer, ao confrontarem-se ambos os institutos, está clara e já foi evidenciada em passagens anteriores desta pesquisa. Se, por um lado, o Legislador, ao editar a Lei 10.257/01, lançou mão de modo já consagrado de privação da propriedade privada, introduzindo, assim, a figura da usucapião especial urbana, por outro, no novo Código Civil, ele preferiu criar instituto inédito, aproveitando-se, para tanto, de traços comuns à usucapião, mas também de outros mais ligados à idéia de desapropriação.

Nesse sentido, a usucapião de que cuida o Estatuto da Cidade tem por objeto apenas as áreas urbanas. Já o novo instituto do Código tem ganas de abranger terrenos tanto urbanos quanto rurais, haja vista a ausência de restrição legal para tanto. A primeira pressupõe que a área seja maior que duzentos e cinquenta metros quadrados, enquanto o segundo usa o conceito vago de “extensa área”. Quis o legislador delegar à doutrina e à jurisprudência,

sobretudo, a tarefa de definir o significado de uma extensa área, o que logicamente deve resultar na definição de parâmetros diversos para os centros populosos e os sítios interioranos.

Ademais, o art. 10 da Lei nº. 10.257/2001 estabelece um número maior de requisitos: os posseiros devem formar uma população, na acepção de grupo de indivíduos que vivem no mesmo local; a comunidade deve ser de baixa renda; o lugar deve servir à moradia dos posseiros; o conhecimento dos lindes ocupados por cada indivíduo ou por sua família deve ser impossível ou bastante dificultoso; e, finalmente, os ocupantes não podem ser proprietários de qualquer outro imóvel urbano ou rural.

Em contrapartida, o § 4º do art. 1238 do Código dispõe que os pretendentes deverão de ser um “considerável número de pessoas”, expressão essa tão imprecisa quanto à acima referida “extensa área”. A norma ainda assume um maior grau de vaguidão na medida em que se busca raciocinar o que seja um considerável número de pessoas numa extensa área. Como apontar, pois, onde termina a discricionariedade e começa a arbitrariedade do magistrado que decidir um impasse em um caso concreto sobre o tema?

Para o legislador de 2002 não interessa a classe social ou a capacidade econômica das pessoas, se paupérrimas ou afortunadas, se carentes de um teto ou proprietárias de outros domínios. Basta que as numerosas pessoas tenham, em conjunto ou separadamente, levantado obras e prestado serviços “de interesse social e econômico relevante”, cujo delineamento consistirá em mais um teste de bom senso para o julgador.

Merece destacar, ainda, que o direito de aquisição apenas deverá ser reconhecido caso satisfeitos forem dois pressupostos adicionais: se o aludido interesse for atual, ou seja, se estiverem em plena operacionalidade às obras e os serviços realizados, e se o respectivo complexo socioeconômico não puder ser deslocado sem grave sacrifício desse mesmo interesse.

A propósito, Sílvio de Salvo Venosa nota que essa forma de aquisição solidária da propriedade “apresenta-se sob a mesma filosofia e em paralelo ao art. 1288, § 4º, do Novo Código Civil (...). Em ambas as situações, encontramos a busca pelo sentido social da propriedade, sua utilização coletiva”.⁷¹

A propósito, assevera Vicente Ráo que

para que a analogia seja perfeita e certa a sua solução, é preciso que a semelhança entre o caso previsto e o não previsto pela lei consista no fato de possuírem, ambos, como termo comum de referência, a razão suficiente da

⁷¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 205.

própria disposição: *ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio*. A *ratio legis* deste brocardo mais não indica senão a razão suficiente da lei.⁷²

Por conseguinte, pode-se aplicar à novel forma de aquisição da propriedade trazida pelo novo Código, por analogia, várias das definições já consagradas e disciplinadas com maior minúcia no Estatuto da Cidade, de modo a facilitar-lhe a operabilidade.

A ilustrar essa possibilidade, podem ser citadas as formas de divisão da propriedade adquirida, previstas no art. Art. 10, §§ 3º e ss., a que o magistrado poderá recorrer quando da aplicação do art. 1.228, §§ 4º e 5º do novo Código Civil.

Por fim, maior traço distintivo entre ambas as formas de aquisição da propriedade, e talvez o mais evidente, encontra-se no fato de que, na usucapião especial do Estatuto da Cidade, basta o cumprimento dos requisitos legais do art. 10 º para que se dê, pelos possuidores, a aquisição da propriedade. No caso do novo Código Civil, o mesmo só se dará com o registro da sentença, após o pagamento do preço arbitrado pelo magistrado.

5. CONCLUSÃO

⁷² RÁO, Vicente. O direito e a vida dos direitos, 5. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 505.

A função social não é uma negação ou uma limitação ao direito de propriedade, consagrado como princípio fundamental em nossa legislação pátria. Ela é o fruto de um avanço gradativo e determinado da história da humanidade em busca de uma comunidade justa e fraterna. Seguindo essa linha, pode-se dizer que o direito de propriedade é um poder-função, o que torna seu titular, obrigado para com a sociedade, a comportamentos positivos, sintonizados com o interesse coletivo, e passível, portanto, de sanção pela ordem jurídica.

Nesse sentido, foram sendo criados pelo legislador institutos diversos os quais, condicionando o exercício, pelo indivíduo, do direito de propriedade, tencionavam conciliá-lo com os interesses comuns da coletividade. Conseqüentemente, passou a prever a legislação brasileira diversas penalidades para punir e coibir o exercício do direito de propriedade que se manifesta com inobservância à sua função social e à revelia do interesse comum.

De fato, a Constituição Federal, em seu artigo 186, estabelece a competência da União para promover a desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, restrita ao imóvel rural que não cumpra sua função social, ou seja, aquele em franca desobediência aos requisitos de aproveitamento racional.

No que tange à propriedade urbana, nossa Lei Maior dispõe, em seu art. 156, § 1º, que o IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano) será progressivo no tempo de forma a assegurar que o domínio tenha utilidade social. Adicionalmente, o art. 182, nos §§ 2º e 4º, prescreve a forma pela qual a propriedade urbana atenderá a sua função social e quais são os instrumentos postos a disposição do Município para que faça valer essa regra.

Se, por um lado, a exegese destes dispositivos da Carta Magna brasileira leva a conclusões idênticas quanto às propriedades rurais e urbanas, ou seja, ambas, para cumprir com sua função social, devem produzir com plena capacidade, por outro temos que a função social da propriedade, ou o aspecto funcional do direito de propriedade, extrapola a mera realização econômica da imóvel.

Nesse sentido, há que se ter em mente que “o conteúdo da função social da propriedade é informado pelo próprio texto constitucional, que tem na dignidade da pessoa humana regra basilar e estabelece como objetivos fundamentais da República a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais regionais⁷³”.

⁷³ TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, pg. 318.

Sob esse prisma deve ser entendido o instituto trazido pelo art. 4º da Lei 10.257/01 (“Estatuto da Cidade”), o qual deu especial enfoque à usucapião especial de imóvel urbano, disciplinado nos artigos 9º, 10, 11, 12 e 13 desse mesmo diploma legal.

Seguindo essa mesma linha, o Código Civil de 2002 buscou disciplinar, nos cinco parágrafos do artigo 1.228, os múltiplos usos da propriedade. Assim, condicionou a perda da propriedade a considerações ligadas ao interesse social e econômico relevante, revelando, mais uma vez, a preocupação do legislador com a função social da propriedade e a sua realização.

Conforme exposto anteriormente, o instituto contido no referido dispositivo do Código Civil, consubstancia-se numa inédita forma de aquisição da propriedade, movida pela mesma *ratio legis* de determinadas desapropriações previstas na legislação específica, em benefício de relevantes interesses econômicos e sociais, embora o Estado, nesse último caso, não participe da relação jurídica material subjacente.

Adicionalmente, tendo em vista a imprecisão das expressões e das lacunas existentes na disciplina do novel instituto codificado, invoca-se a aplicação analógica das regras dispostas no Estatuto da Cidade para a usucapião coletiva urbana, somente no que, evidentemente, não houver patente incompatibilidade.

Por fim, há que se louvar a intenção do legislador, tanto no novo Código quanto no Estatuto da Cidade, pois, diante da inação estatal, o novo instituto, em conjunto com a usucapião especial urbana, poderá transformar-se em notável instrumento da política urbana, principalmente porque transfere a iniciativa de regularização aos ocupantes de tais áreas, da esfera governamental para a esfera judiciária, dispensando intervenções muitas vezes inoportunas, haja vista que movidas por interesses subalternos e por critérios unicamente discricionários.

Há que se ter em mente, contudo, que somente as experiências concretas poderão permitir uma devida avaliação acerca das implicações práticas do novo instituto, bem como de seus limites, lacunas e possibilidades, competindo à jurisprudência atuar de modo a realizar, na solução dos casos concretos, os princípios informadores do novo instituto, valendo mencionar, dentre eles, o da função social da propriedade, o do acesso à moradia e, principalmente, o da proteção da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. **Usucapião constitucional urbano e rural**. São Paulo: Atlas, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários a Constituição do Brasil**. v. 7. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CAVALCANTI, Marise Pessôa. **Superfície compulsória – instrumento de efetivação da função social da propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CHALHUB, Melhim Namem. **Propriedade imobiliária: função social e outros aspectos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CORRÊA, Oscar Dias. **A Constituição de 1988: contribuição crítica**. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 1991.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários às leis de desapropriação**. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

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

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 18. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERNANDES, Edésio. Legalização de favelas em Belo Horizonte: um novo capítulo na história. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. **A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano**. Belo Horizonte: DelRey, 2003.

FERREIRA PINTO. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GOMES, ORLANDO. **Direitos Reais**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **Direito Urbano: regiões metropolitanas, solo criado, zoneamento e controle ambiental, projeto de lei de desenvolvimento urbano**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1983.

_____. Função social da propriedade (Direito Econômico). **Enciclopédia Saraiva de Direito**. v. 39. São Paulo: Saraiva, 1979.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. As teorias da posse no direito positivo brasileiro. In: CAHALI, Yussef Sahid (coord.). **Posse e Propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1992.

MANSO, Eduardo Vieira. A função social da propriedade de solo rural. **Revista de Direito Civil**, nº 52, 1990.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antunes Bandeira de. **Elementos do direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

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

NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 5. ed. São Paulo: RT, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA, Laffayette Rodrigues. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

PETRUCCI, Jivago. A função social da propriedade como princípio jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 229, 22 fev. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4868>>. Acesso em: 05 maio. 2008.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: RT, 1999.

REALE, Miguel. As Diretrizes Fundamentais do Projeto do Código Civil. In: **Comentários sobre o projeto do Código Civil brasileiro**. Série Cadernos do CEJ. v. 20. Brasília: CJP, 2002.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. v. 5. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SALLES, José Carlos de Moraes. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: RT, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Desapropriação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

TORRES, Marcos Alcino de A. *Instrumentos urbanísticos e a propriedade urbana imóvel*.
TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.