



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

VANESSA OLIVEIRA SCHUELTER

**ASPECTOS DESTACADOS DA MODALIDADE DE AQUISIÇÃO DA
PROPRIEDADE IMÓVEL PREVISTA NOS §§ 4º e 5º DO ARTIGO 1.228 DO
CÓDIGO CIVIL**

Tubarão

2011

VANESSA OLIVEIRA SCHUELTER

**ASPECTOS DESTACADOS DA MODALIDADE DE AQUISIÇÃO DA
PROPRIEDADE IMÓVEL PREVISTA NOS §§ 4º e 5º DO ARTIGO 1.228 DO
CÓDIGO CIVIL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentando ao
Curso de Graduação em Direito da Universidade
do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito.
Linha de Pesquisa: Justiça e Sociedade.

Orientador: Prof. Geraldo Machado Cota Junior, Esp.

Tubarão

2011

VANESSA OLIVEIRA SCHUELTER

**ASPECTOS DESTACADOS DA MODALIDADE DE AQUISIÇÃO DA
PROPRIEDADE IMÓVEL PREVISTA NOS §§ 4º e 5º DO ARTIGO 1.228 DO
CÓDIGO CIVIL**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 16 de junho de 2011.

Prof. e orientador Geraldo Machado Cota Junior, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Antônio Cardoso, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Erivelton Alexandre Mendonça Fileti, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, que me deu forças para que conseguisse chegar perto da conclusão de mais uma etapa da vida.

Aos meus pais, Lourivaldo e Elizete por todo amor, dedicação, compreensão e por tudo que tiveram de fazer por mim, para que eu pudesse realizar este trabalho.

Aos meus irmãos, Paloma e Ryan, por compreenderem minhas alterações de humor e respeitarem os momentos que precisei me isolar.

Aos meus colegas de curso, às amigas Liliana e Camila Gabriela, em especial aos meus amigos Sandro e Elaine, que não permitiram em nenhum momento que eu desistisse, dando toda a força que precise.

Ao meu professor e orientador Geraldo, que prontamente aceitou orientar este trabalho, transmitindo todo o seu conhecimento sobre o assunto.

A todos, que de alguma forma contribuíram para que eu alcançasse meu objetivo.

RESUMO

No presente estudo o tema abordado foi os “aspectos destacados da modalidade de aquisição prevista pelos §§ 4º e 5º do artigo 1228 do Código Civil”, cujo objetivo geral é analisar as modalidades de aquisição da propriedade prevista nos parágrafos acima mencionados, à luz das discussões doutrinárias. Para alcançar tal objetivo foi utilizado o método de abordagem dedutivo, partindo de uma visão geral do direito de propriedade na perspectiva civil-constitucional, com o fim de buscar compreender a influência deste direito na interpretação deste instituto. O modelo de investigação empregado foi o bibliográfico, uma vez que foi utilizada doutrina para sua elaboração. Do estudo constatou-se que um dos aspectos destacados refere-se a natureza jurídica dessa modalidade de aquisição da propriedade, que a letra da lei não mencionou, fazendo com que a doutrina sustente teses na tentativa de defini-la. Outro aspecto de destaque refere-se ao conteúdo dos dispositivos legais no estudo foi composto por cláusulas abertas, que instigam a doutrina a buscar a interpretação correta, na tentativa de preencher a letra faltante da lei. Os resultados mostram que a natureza jurídica mantém-se indefinida, pois nenhuma tese apresentada consegue definir a modalidade de aquisição da propriedade. Também indicam que parte da doutrina entende que a aplicação de tais dispositivos deve ser precedida da interpretação teleológica e realizada à luz dos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro, que remeterá a norma ao contexto do direito de propriedade atual, atendendo ao princípio da função social da propriedade. Concluiu-se que as propostas apresentadas para a solução dos impasses apresentados buscam o equilíbrio entre o direito à propriedade privada e a função social da propriedade.

Palavras-chave: ética, propriedade, função social.

ABSTRACT

In this study the topic was the "prominent aspects of the mode of acquisition provided for by §§ 4 and 5 of article 1228 of the Civil Code," whose general objective is to analyze the modalities of acquiring the property referred to in paragraphs above and in light of doctrinal discussions. To achieve this we used the method of deductive approach, starting with an overview of property rights in civil and constitutional perspective, in order to try to understand the influence of this law in the interpretation of this institute. The research model used was the literature, since the doctrine was used for its elaboration. The study found that one of the aspects highlighted concerns the legal nature of this mode of acquisition of property, that the letter did not mention the law, making the doctrine supports the thesis attempted to define it. Another important topic concerns the content of the legal provisions in the study consisted of open clauses, which instigated the doctrine to seek the correct interpretation, in an attempt to fill in the missing letter of the law. The results show that the legal status remains undefined, because no argument presented can set the mode of acquisition of property. They also indicate that part of the doctrine maintains that the application of such devices should be preceded by the teleological and held the light of Articles 4 and 5 of the Introductory Law to the standards of the Brazilian laws, which refer to the context of the standard property right now, given the principle of social function of property. It was concluded that the proposals for the solution of the impasse presented seeking the balance between private property rights and the social function of property.

Keywords: ethics, property, social function.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA	9
1.2 JUSTIFICATIVA	10
1.3 OBJETIVOS	11
1.3.1 Objetivo geral	11
1.3.2 Objetivos específicos	11
1.3 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS.....	12
1.4 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURAÇÃO DOS CAPÍTULOS	12
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE PROPRIEDADE	14
2.1 A PROPRIEDADE NA ANTIGUIDADE.....	14
2.1.1 Propriedade, família e religião	14
2.1.2 Propriedade quiritária	15
2.1.3 Propriedade bonitária	17
2.1.4 Propriedade provincial	17
2.2 PROPRIEDADE NA IDADE MÉDIA	18
2.3 PROPRIEDADE NO ESTADO LIBERAL.....	20
2.4 PROPRIEDADE NO ESTADO SOCIAL	22
2.5 PROPRIEDADE NO BRASIL	24
3. A TUTELA DA PROPRIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO ATUAL	28
3.1 DIREITO DE PROPRIEDADE. CONCEITO	29
3.2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA PROPRIEDADE	31
3.2.1 Direito de usar – <i>jus utendi</i>	31
3.2.2 Direito de gozar – <i>ius fruendi</i>	32
3.2.3 Direito de dispor – <i>ius disponendi et abutendi</i>	32
3.2.4 Direito de reaver – <i>rei vindicatio</i>	33
3.3 NATUREZA DO DIREITO DE PROPRIEDADE: SUAS CARACTERÍSTICAS	34
3.3.1 Direito absoluto	34
3.3.2 Direito exclusivo	35
3.3.3 Direito perpétuo	36
3.4 OBJETO E EXTENSÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE	37
3.5 RESTRIÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE	39

3.6 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	41
3.6.1 A função social da propriedade e a dignidade da pessoa humana	43
3.6.2 Função social das propriedades urbana e rural	44
3.6.3 O garantia da propriedade privada frente ao princípio da função social da propriedade.....	45
3.7 AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL.....	46
3.7.1 Aquisição pelo registro do título.....	47
3.7.2 Aquisição por acessão	50
3.7.3 Aquisição por usucapião	53
3.7.4 Aquisição por sucessão hereditária	57
3.8 PERDA DA PROPRIEDADE IMÓVEL.....	58
3.8.1 Alienação	59
3.8.2 Renúncia	59
3.8.3 Abandono.....	60
3.8.4 Perecimento do objeto.....	61
3.8.5 Desapropriação	61
3.8.6 A modalidade prevista nos §§ 4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil	64
4. ASPECTOS DESTACADOS DA MODALIDADE DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL PREVISTA NOS §§ 4º E 5º DO ARTIGO 1228 DO CÓDIGO CIVIL.....	65
4.1 A BUSCA PELA DEFINIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA	66
4.1.1 Teoria da usucapião.....	69
4.1.2 Teoria da desapropriação.....	70
4.1.3 Teoria do contra-direito processual	72
4.2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS. CONCEITOS INDETERMINADOS.....	72
4.2.1 Imóvel reivindicado	73
4.2.2 Posse ininterrupta por mais de cinco anos	75
4.2.3 Boa-fé	76
4.2.4 Considerável número de pessoas	78
4.2.5 Extensa área	79
4.2.6 Realização de Obras e serviços de interesse social e econômico relevante	80
4.2.7 Pagamento da justa indenização	82
4.2.8 Do registro do imóvel em nome dos possuidores	83

4.3 O PODER DISCRICIONÁRIO DO JUIZ E A INTERPRETAÇÃO DA NORMA....	84
5 CONCLUSÃO	87
REFERÊNCIAS.....	89

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal reconhece a propriedade como um direito individual, ao mesmo tempo em que dita que esta deverá atender à sua função social. Com isso, a concepção individualista da propriedade, que permaneceu positivada durante muito tempo no ordenamento jurídico pátrio, cede espaço a um novo conceito, que carrega em si um fim social, significando que a propriedade não deve servir apenas para satisfazer os interesses individuais do proprietário.

Pactuando com esse novo conceito, Código Civil de 2002 não se limita a preceituar que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as finalidades econômicas e sociais e cria, em seu artigo 1.228, §§4º e 5º, uma nova modalidade de aquisição da propriedade, que busca priorizar a posse qualificada pelo trabalho criador de considerável número de pessoas, como meio de fazer cumprir a função social da propriedade, efetivando esse princípio.

O presente trabalho tem por objeto essa nova modalidade de aquisição da propriedade, que será analisada em pormenor, a partir da compreensão do direito de propriedade no todo.

1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

A modalidade de aquisição da propriedade instituída pelos §§4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, sem referência nas legislações anteriores. Essa norma estabelece a possibilidade do proprietário perder seu imóvel se este constituir em extensa área, na posse de considerável número de pessoas, nela tendo realizado obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante, mediante o pagamento de indenização justa. Trata-se, como se vê, de aquisição e perda da propriedade simultânea.

O problema encontrado no estudo dessa modalidade de aquisição da propriedade, é que o legislador não cuidou de definir parâmetros hermenêuticos a serem seguidos pelo juiz para julgar o que será “extensa área”, “considerável

número de pessoas” e “obras e serviços de interesse social e econômico relevante”. Outrossim, não definiu o texto legal quem deve pagar a indenização. Esses problemas se agravam pelo fato da norma não ter definido a sua natureza jurídica.

Coube à doutrina tentar encontrar a letra faltante da lei, dando início a diversos embates, levantando teses sobre a natureza jurídica, tentando preencher as cláusulas abertas, colocando à prova, inclusive, a constitucionalidade da norma.

Nesse passo, o presente trabalho se limitará a apresentar os aspectos destacados dessa modalidade de propriedade levantados pela doutrina, discutindo assim sobre a natureza jurídica e os elementos que constituem o direito previsto na norma, dando especial enfoque às cláusulas abertas. Com isso, busca-se evidenciar se há possibilidades reais de a norma dos §§4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil ser aplicada para o seu fim. Mas para que se encontre a finalidade da norma em questão, este estudo busca abordar o direito de propriedade como um todo, dentro da atual organização Constitucional e Civil, entendendo os novos

O que se pretende demonstrar, por fim, é como o juiz deve agir ao aplicar a norma dos referidos dispositivos ao caso concreto, para que se proclame a função social da propriedade, sem que seja violado o direito de propriedade.

1.2 JUSTIFICATIVA

O direito de propriedade foi, durante muito tempo, reconhecido como um direito gerar progresso econômico, e assim servir de instrumento para atender interesses sociais. Dessa forma, o direito de propriedade não perdeu o caráter individualista, mas passou a não mais atender a interesses exclusivos do proprietário.

Nestes termos, a Constituição Federal atual reconheceu o direito de propriedade como um direito individual, mas condicionou a propriedade ao atendimento de uma função social. Isso significa que somente se assegura o direito do proprietário que cumpra com a função social de sua propriedade.

O atual Código Civil, com base nesse novo conceito de direito de propriedade, buscou um meio de assegurar o cumprimento da função social por meio da criação de uma nova modalidade de aquisição da propriedade, instituída em

seu artigo 1.228, §§ 4º e 5º, que concede o direito de adquirir a propriedade um grupo considerável de pessoas que, durante cinco anos, exercerem sobre o imóvel a posse e venham nele realizar obras e serviços de interesse social e econômico relevante.

Embora a intenção do legislador tenha sido facilitar o acesso às terras a quem cumpriu a função social da propriedade, essa inovação tem sido tema de debates doutrinários, pois, pela leitura dos mencionados dispositivos, depara-se com várias cláusulas abertas, que o juiz terá de preencher para aplicar a norma. Levanta-se ainda o problema causado pela interpretação do conceito de boa fé e do termo imóvel reivindicado, e pela indefinição da natureza jurídica do instituto.

A importância do estudo sobre essa inovação da legislação civil está em compreender os possíveis impactos que causam no direito de propriedade, buscando investigar se é possível que a norma seja aplicada em prol da função social da propriedade, sem que haja violação do direito de propriedade, posto que são valores fundamentais em discussão.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo geral

O objetivo geral do presente trabalho é apresentar os aspectos destacados levantados pela doutrina sobre a modalidade de aquisição da propriedade instituída pelos §§4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil.

1.3.2 Objetivos específicos

- a) Discorrer sobre a evolução histórica do direito de propriedade, para entender o direito de propriedade atual;

- b) Apresentar o direito de propriedade como se configura na atualidade;
- c) Contextualizar a modalidade de aquisição da propriedade instituída pelos §§4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil dentro do direito de propriedade atual;
- d) Apresentar as teorias sobre a natureza jurídica dos §§4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil;
- e) Analisar os requisitos necessários à aplicação dos §§4º e 5º do artigo 1.228, com especial enfoque às cláusulas abertas;
- f) Identificar os reflexos que a natureza jurídica indefinida e as cláusulas abertas do geram no momento da aplicação da norma;
- g) Identificar o problema da interpretação literal dos termos imóvel reivindicado e de boa fé;
- h) Identificar qual a melhor interpretação a ser conferida pelo juiz no momento da aplicação da norma.

1.3 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, partindo de premissas gerais para se chegar a uma conclusão particular. Ou seja, parte-se do pressuposto de que o direito de propriedade é um direito privado, mas condicionado a uma função social, para se concluir que a norma específica dentro do direito de propriedade, os §§4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil deve ser interpretada à luz das regras gerais do direito de propriedade.

Com relação ao tipo de pesquisa adotado, será exploratória quanto ao nível, pois tratará de uma abordagem nova sobre o tema proposto, de forma a tomar um contato inicial com o mesmo, identificando a presença de variáveis.

Ainda em relação ao tipo de pesquisa, o procedimento adotado foi o bibliográfico, pois a pesquisa foi realizada com base na legislação, livros, artigos e monografias que tratam do tema proposto.

1.4 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURAÇÃO DOS CAPÍTULOS

O presente trabalho foi estruturado em três capítulos, em ordem cronológica para compreensão do tema proposto.

O capítulo inicial cuidará da evolução histórica da propriedade, com vistas a compreender o fenômeno da propriedade como um direito que se manifestou de maneiras diversas ao longo da história, até alcançar a concepção atual.

Em momento posterior, será abordado o direito de propriedade no ordenamento jurídico atual, sob a perspectiva constitucional e civil, buscando compreender o conceito atual do direito de propriedade, as características da propriedade atual, o objeto do direito de propriedade, o conceito de função social da propriedade, bem como as modalidades de aquisição e perda da propriedade em aspectos gerais.

No terceiro e último capítulo será abordada a modalidade de aquisição da propriedade instituída pelos §§4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil em pormenor, com o fim de levantar os aspectos destacados relativos às dificuldades encontradas em preencher as cláusulas abertas, ao problema em definir a natureza jurídica deste instituto, e os impactos que podem causar no direito de propriedade. Mostra-se, ainda, qual a interpretação que deve ser conferida a norma, para que a função social da propriedade seja alcançada, sem que haja violação do direito de propriedade.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Somente é possível compreender uma instituição jurídica num todo tomando conhecimento dos fatos que a geraram, de modo que se possa fazer entender a intenção do legislador ao elaborar as respectivas normas.

Outrossim, para a compreensão do atual direito de propriedade torna-se imprescindível avaliar as várias facetas que a propriedade assumiu ao longo da história, tomando como ponto de partida a antiguidade.

2.1 A PROPRIEDADE NA ANTIGUIDADE

Em Roma encontram-se as primeiras definições de direito de propriedade, o qual sofreu várias modificações ao longo da história até alcançar a concepção contemporânea.

O momento em que surge na sociedade romana a primeira forma de propriedade territorial, segundo alguns autores, data da Lei das XII Tábuas. Nesse primeiro período do Direito Romano, o indivíduo recebia uma porção de terra para cultivar. Ao terminar a colheita, a terra voltava a ser coletiva. Adotou-se por costume, todavia, conceder as mesmas terras às mesmas pessoas todos os anos. Ali o *pater familias* se instala, constrói sua moradia e vive com sua família e escravos. Nota-se no espírito romano a intenção de tornar a propriedade individual e perpétua. (VENOSA, 1999, p. 112)

Essa intenção de tornar a propriedade individual e perpétua estava inicialmente ligada intimamente a outras duas instituições: família e religião.

2.1.1 Propriedade, família e religião

Encontram-se estabelecidas na sociedade itálica, desde as mais remotas eras, “a religião doméstica, a família, o direito de propriedade; três coisas que

tiveram entre si, na origem, uma relação evidente, e que parecem terem sido inseparáveis. (COULANGES, 1961, p.88)”.

A propriedade nos primeiros tempos:

baseava-se nos princípios religiosos cuja base assentava no culto dos antepassados, puramente doméstico: os deuses, manes, eram, por assim dizer, uma propriedade familiar. [...] A propriedade era uma instituição sem a qual não podia subsistir a religião doméstica [...] Para invadir o campo de uma família, era preciso perturbar ou deslocar um limite; isto constituía um dos mais graves sacrilégios, e exigia severo castigo, porque este limite era um deus.(CHAVES, 1976, p.3)

Segundo Coulanges (1961, p. 88), “a idéia de propriedade privada fazia parte da própria religião. Cada família tinha seu lar e seus antepassados. Esses deuses não podiam ser adorados senão por ela, e não protegiam senão a ela; eram sua propriedade exclusiva.”

O lar deveria ser construído sobre a terra e não mudar mais de lugar, pois o Deus da família desejava ter morada fixa, e ali se instalava por todo o tempo que perdurava essa família. O lar é o altar que deve ser adorado. Só poderia deixar a terra se expulso por um inimigo, ou se a terra não provesse sustento por ser estéril, motivos esses que seriam de força superior. Assim a terra era de propriedade de toda uma família, e os membros desta deveriam nascer e morrer ali (COULANGES, 1961, p.88-89).

Nas palavras de Venosa (1999, p. 112):

O lar da família, lugar de culto, tem íntima relação com a propriedade do solo onde se assenta e onde habitam também os deuses. Ali se situam o altar, o culto e a propriedade do solo e das coisas que o guarnecem sob o poder do pater. Daí o sentido sagrado que se atribui ao lar, à casa, sentido que sempre permaneceu na civilização ocidental. Os deuses pertenciam somente a uma família, assim como o respectivo lar. Foi, portanto, a religião que garantiu primeiramente a propriedade.

Essa relação entre os institutos demonstrava o caráter individual que foi conferido à propriedade na sociedade romana. O titular do domínio ainda não era um único sujeito, mas uma família, cujos membros deveriam ali nascer e morrer. Assim, também era indiscutível a inalienabilidade da propriedade, que só perdeu força posteriormente, com o surgimento da propriedade protegida por lei.

2.1.2 Propriedade quirritária

Inicialmente “o direito romano distinguiu duas espécies de propriedades: a quiritária, protegida pelo direito civil, e a pretoriana baseada em criação jurisprudencial dos magistrados” (WALD, 1995, p. 102). Porém, “no período pré-classico, os romanos só conheceram uma espécie de propriedade: a propriedade quiritária (*ex iure Quiritium*)” (ALVES, p. 282, 2004)

A propriedade quiritária era restritiva, pois “apenas as terras localizadas na Península Itálica, a chamada *ager Romanus*, poderiam ser consideradas absolutas (posse quiritária), permitidas apenas a cidadãos romanos” (PROUDHON *apud* PIPES, 2001, p.132).

Essa modalidade de propriedade “tinha processos de aquisição solenes: a *mancipatio* e a *in jure cessio*.” (ROSA, 2005, p.82).

A propriedade quiritária “correspondia muito à propriedade no sentido moderno da palavra; pertencia pessoalmente ao chefe de família, que podia vendê-la ou legá-la como herança” (BEER *apud* PIPES, 2001, p.132). Era, portanto, sinônimo do enaltecimento do poder do chefe da família.

Sob a ótica de Wald (1995, p.102), a propriedade quiritária:

Correspondia a uma espécie de soberania territorial, constituindo uma esfera jurídica fechada dominada pelo pater famílias, cuja autoridade inicialmente não sofria restrições. A ordem jurídica do Estado não penetrava nos limites da *domus*, gozando a propriedade quiritária inclusive de imunidade fiscal, pois a cobrança do imposto seria uma diminuição a onipotência do chefe de família. O pater exercia um poder político e jurisdicional e, naquela fase, o direito romano ainda não distinguia entre direitos civis e direitos políticos, estando a autoridade do pai identificada com a propriedade dos bens de família.

Neste contexto, pode-se observar que o direito romano previu uma gama de poderes que garantiam o direito absoluto sobre o bem. Ao chefe de família conferiu-se o direito de utilizar seu bem como melhor entendesse. Podia ainda exercer o direito de reivindicação através de uma “ação que seguia a coisa por toda parte, permitindo ao proprietário reavê-la de quem quer que a retivesse.” (CHAVES, 1976, p.5).

Surgiram, dessa forma, “os atributos de plenitude e de livre utilização (*jus utendi*), fruição (*jus fruendi*) e disposição (*jus abutendi*) do proprietário sobre a propriedade” (PAGANI, 2009, p. 33).

Os atributos conferidos ao proprietário nesta época contribuíram para a concepção atual de propriedade, privada por sua natureza, como se verá posteriormente.

2.1.3 Propriedade bonitária

No princípio do direito de propriedade romano “a única propriedade que gozava de garantia eficaz era a do *jus quiritium*, quirítária” (CHAVES, 1976, p.5). A propriedade que não fosse quirítária era, portanto, desprovida de amparo legal.

Com base nisso, os magistrados viram a necessidade de conceder proteção especial àqueles que, embora não fossem titulares quirítários, estavam na condição de verdadeiros proprietários, bem como aos titulares de coisas que não exigiam formalidade legal para sua aquisição. (WALD, 1995, p. 103).

O pretor deu origem, então, à propriedade pretoriana, passando a proteger o domínio de quem não adquiriu as terras pelas formas tradicionais. (CHAVES 1976, p.4)

Segundo Alves (2004, p. 283), a propriedade pretoriana “surgiu quando o pretor passou a proteger a pessoa que, comprando uma *res Mancipi*, a recebia do vendedor por meio da simples *traditio*”.

Por influencia do direito pretoriano, desenvolveu-se ao lado da propriedade quirítária, a chamada propriedade bonitária (de bonis habere), inicialmente para atenuar a rapidez das formas solenes de transmissão da propriedade quirítária e para aplicar-se, também, à proteção do domínio dos que não gozassem da cidadania romana. (ROSA, 2005, p.82)

De modo geral, percebe-se a intenção dos pretores (magistrados) de promover a igualdade de direitos entre diferentes proprietários. Logo, as terras particulares que se transmitiam de forma simples, em todo o território romano, passaram a ter proteção legal.

2.1.4 Propriedade provincial

Além das propriedades particulares quirítária e pretoriana, havia na sociedade romana bens situados na província que “eram propriedade exclusiva do Estado romano, mas podiam ser usados pelos particulares”(ROLIM, p.189, 2000).

Identifica-se então a propriedade provincial, que consistia em “duas espécies de domínios – um primeiro pertencente ao Senado ou ao Imperador e um segundo baseado em concessões feitas pelas autoridades àqueles que usavam e gozavam realmente das terras.” (WALD, 1995, p.103).

Segundo Marky (1995, p.71), foi uma "concessão semelhante, mas não idêntica, à propriedade". Portanto, “os particulares – fossem, ou não, cidadãos romanos – não podiam ter mais do que a posse sobre esse solo” (ALVES, 2004, p.284).

Essas espécies de propriedade passaram por alterações na Idade Média.

2.2 PROPRIEDADE NA IDADE MÉDIA

Com o declínio do Império Romano a propriedade individual absoluta perde força, enfraquecendo seu elo com a família e a religião. Originou-se a partir de então a Idade Média, época em que “modificam-se os conceitos jurídicos. O território, mais do que nada, passa a ser sinônimo de poder. A idéia de propriedade está ligada à de soberania nacional” (VENOSA, 1999, p. 112-113).

Wald explica que (1995, p. 103-104):

A Idade Média elaborou um conceito distinto de propriedade. Rejeitando o exclusivismo dos romanistas e introduzindo na técnica privatista uma hierarquia oriunda do direito público, admitiu o mundo feudal uma superposição de domínios de densidades diferentes que se mantinham paralelos uns aos outros. A valorização do solo e a estreita dependência entre o poder político e a propriedade das terras criaram uma identificação entre a soberania e a propriedade.

A propriedade na Idade Média, ensina Carvalho (2007, p.26), “era feudal, ou seja, a terra era, necessariamente, pertencente ao feudo, que era o centro de poder do senhor feudal, sendo que este administrava as terras e dela extraía os frutos da produção”

Cumprе salientar que “na Idade Média não havia senhor sem terra e nem terra sem senhor. A marca determinante do feudo era exatamente a propriedade. Quem fosse senhor do feudo era senhor da propriedade” (CARVALHO, 2007, p.25)

Vislumbra-se, neste contexto, duas distintas espécies de domínios, um pertencente ao suserano e outro ao vassalo.

Distinguiu-se, assim, entre o domínio direto ou emitente, que pertencia ao senhor, e o domínio útil pertinente ao vassalo. Havia uma delegação de poderes do suserano ao vassalo e a criação de certas obrigações de caráter financeiro e militar do vassalo em relação ao suserano. A hierarquia dos feudos corresponde à hierarquia das pessoas. [...] O vínculo entre o suserano e o vassalo abrange pois o dever de solidariedade e fidelidade e uma série de encargos fiscais e militares que o segundo tem em relação ao primeiro. (WALD, 1995, p.104)

Neste sentido, contribui o doutrinador Chalhub (2003, p.42):

No feudalismo [...] se desdobrava o domínio *num dominium directum* ou eminente, pertencente ao senhor, e num *dominium utile* pertencente ao vassalo; nessa estruturação, o senhor não tem contato direto com a terra, não a cultiva, mas tem o poder de exigir prestações ou serviços do vassalo; este último é que tem contato com a terra, usa-a e a explora economicamente.

Percebe-se que, embora o real proprietário das terras fosse o senhor feudal, a palavra domínio caracterizava também a concessão feita ao vassalo.

Conveniente torna-se observar que o caráter político agregado ao sentido da propriedade na Roma antiga, com o poder do pater famílias, volta a se consolidar na Idade Média com o poder exercido pelo senhor feudal.

Salienta Pereira (apud CHAVES, 1967. p.7):

A propriedade imóvel é objeto de subordinação diferente e variada a uns e a outros, mas é também o símbolo do poder de comando. Dentro de sua terra, o nobre é soberano. Cobra tributos. Exige obediência. Distribui justiça. Mas não existindo senhor sem terra, a propriedade, que fora outrora um vínculo místico de apoderamento, torna-se um laço político.

O feudalismo gerou um desmembramento da propriedade sob o ponto de vista social. A riqueza concentrava-se nas mãos de poucos e grandes proprietários. Os trabalhadores não recebiam salário, mas obrigavam-se a prestar serviços, tanto na paz como na guerra, em troca de um pequeno terreno para explorar e do auxílio prestado pelo senhor feudal. (CHAVES, 1976, p.7-8)

A partir do final da Idade Média, surgem as primeiras sociedades desvinculadas do sistema feudal. Com o passar dos tempos, surgiu a necessidade de expandir mercados, trocar mercadorias e cunhar moeda. Na busca de novas riquezas, a burguesia patrocinou as grandes navegações.

Destarte, o sistema feudal tornou-se obsoleto, não mais comportando os desejos da burguesia, pela sua limitação de crescimento.

Por fim, mostra-se importante frisar que na Idade Média:

As religiões se tornaram o centro do pensamento e da reflexão filosófica, mas o Cristianismo teve forte influência sobre a noção de propriedade, destacando-se a doutrina filosófica de São Tomás de Aquino sobre a discussão filosófica do direito de propriedade privada, entre outros temas. (CARVALHO, 2007, p. 31).

Para o direito canônico, “o homem está legitimado a adquirir coisas, pois a propriedade privada é garantia de liberdade individual” (CAMARA, *apud* VENOSA, 1999, p.113). No entanto, “Santo Tomás de Aquino era contrário ao caráter individualista da propriedade, herança da civilização romana tendo escrito em sua *Summa Theologica* que a propriedade individual deveria atender aos interesses coletivos” (CARVALHO, 2007, p.31).

Na esteira das lições de Santo Tomás de Aquino, devemos considerar que a propriedade é um direito natural assegurado a todos. Com efeito, forte nas lições desse teólogo, a propriedade exerce uma função social condizente com a idéia de que todos devem possuir a coisa comum, dela não se apropriando para seus próprios interesses. Para Santo Tomás de Aquino, a propriedade não tem um dono, senão Deus, sendo que o homem apenas a administra. Segundo este filósofo e religioso, as riquezas, justamente por pertencerem a Deus, devem ser colocadas à disposição das sociedades. (CARVALHO, 2007, p.31).

O pensamento de Santo Tomás de Aquino é hoje “precursor do princípio da função social da propriedade, muito embora, naquela época, tenha sido importante para redefinir os conceitos de propriedade privada, não tenha surtido efeitos imediatos” (PAGANI, 2009, p. 37).

O contexto histórico não permitia a materialização destas ideias, tendo em vista o desejo da burguesia em explorar terras e buscar novas fontes de riquezas, o que intensificava a valorização dos bens materiais. No período que se iniciava conhecido por Idade Moderna, o instituto da propriedade alcançava, igualmente, novas proporções.

2.3 PROPRIEDADE NO ESTADO LIBERAL

Um novo período da história tem início quando o homem passa a visualizar novas maneiras de adquirir riquezas. Cria-se, assim, o sistema de produção em massa, impulsiona-se o comércio e, por consequência, origina-se o capitalismo.

O feudalismo não era compatível com a nova ordem que se instaurava, posto que o sistema capitalista, “inaugurava uma total liberdade da iniciativa privada no processo produtivo” (ÁVILA, 1993, p.26).

Neste contexto, esclarece Chalhub (2003, p.42):

O desenvolvimento do comércio e o crescimento da classe burguesa reclamava nova conformação do regime jurídico da propriedade, na medida em que o sistema de encargos, privilégios e prestações do senhor sobre a terra, próprio do regime feudal, constituía obstáculo ao pleno desenvolvimento do comércio. A Revolução Francesa afasta esses obstáculos, resgatando a concepção unitária do direito romano clássico, por ser essa a forma que melhor atende às estruturas econômica e social que passa a predominar; atribui-se à propriedade privada, então, o caráter de direito absoluto, inviolável e sagrado.

A queda dos valores medievais, notadamente do feudalismo, teve impulso dos movimentos renascentistas que valorizavam a ciência e a razão humana. Esses movimentos deram origem ao pensamento iluminista, que pregava o antropocentrismo, afirmando que o homem era um ser livre e dotado de direitos. Rousseau, Voltaire, Montesquieu e Kant eram pensadores iluministas da época que pregavam a liberdade pessoal, pela qual o homem poderia assegurar o uso e a disposição livre de seus bens, garantindo sua autonomia perante o Estado (BRAGA, 2009, p.10).

Segundo a observação de Pagani (2009, p.39):

As ideias iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade levantaram a bandeira contra a situação social instaurada. A propriedade ganhou destaque central. Os revolucionários viam a propriedade como um privilégio, devendo ter poder quem tem propriedade, assim, a propriedade ganhou status de direito inviolável e sagrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, exercendo influência na Constituição da França.

É clarividente a presença das ideias iluministas no texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1793. Consta no seu artigo 2º, que “A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão” (CARVALHO, p. 38).

O artigo 17 dessa declaração consagrou que: “Sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser dela privado, senão quando a necessidade pública, legalmente constatada, o exigir evidentemente, e sob condição de uma indenização justa e prévia” (CARVALHO, p. 36).

Ao analisar estes dois dispositivos compreende-se que a propriedade, como direito inviolável, poderia ser oponível contra qualquer pessoa que viesse a ameaçar ou injustamente tomar o bem. Sendo imprescritível, o titular não perderia o bem em nenhuma hipótese pelo não uso. Somente a necessidade pública, por ser caso excepcional, poderia ocasionar a perda, mas em compensação ainda havia uma indenização correspondente.

A Constituição da França de 1791, visando assegurar a aplicação destes direitos humanos e do cidadão, trouxe em seu artigo 1791, §4: “A Constituição garante a inviolabilidade da propriedade, ou justa e prévia indenização, daquela propriedade cuja necessidade pública, legalmente comprovada, exija o sacrifício” (CARVALHO, 2007, p.39).

O marco referencial deste período foi, todavia, o conceito de propriedade conferido pelo Código Civil francês, o Código Napoleônico, que dispunha em seu artigo 544: “a propriedade é o direito de gozar, e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que delas não se faça uso proibido pelas leis regulamentos” (CARVALHO, p. 36)

Conclui-se que o direito francês foi um referencial na concepção da propriedade privada como um direito pleno e inviolável por fazê-lo contar no seu ordenamento jurídico de maneira expressa.

2.4 PROPRIEDADE NO ESTADO SOCIAL

O advento do Estado Liberal permitiu ao homem gerar riquezas em proporções até então não auferidas no curso da história, já que as liberdades conferidas ao homem permitiram-lhe produzir livremente, na medida de sua capacidade. Dessa forma ascendiam na sociedade aqueles que, adquirindo meios de produção, geravam renda. Em contrapeso, aqueles que não tinham capital para investir e produzir haviam de se submeter ao trabalho operário em troca de um salário, do qual precisava para sobreviver neste novo sistema em que tudo tinha valor pecuniário. Destarte, o sistema instaurado acentuava as diferenças sociais.

Com base nas necessidades de regular o abuso econômico existente surgiram as ideias de Karl Marx, para quem a ideia de liberdade e igualdade baseia-se pelo acúmulo de capital. (BRAGA, 2009, p.14).

O Manifesto Comunista, escrito por Karl Marx e Friedrich Engels, em 1848, defendia a abolição do direito de propriedade. Eles defendiam que a propriedade não poderia ser entendida como mercadoria, já que se tratava de um bem de produção, devendo servir de instrumento para alcançar a igualdade material, superando a ideia de igualdade formal advinda das revoluções liberais. Marx criticava a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, exatamente pela separação dicotômica entre homem e cidadão que ela traz. Para ele, tal separação demonstrava nada mais que a distinção

de classes, pautada, por sua vez, no acúmulo de bens e na propriedade privada, sendo os direitos do cidadão um privilégio político burguês, do qual era excluída a classe operária (BRAGA, 2009, p.14).

De acordo com os ideais de Marx, portanto, a propriedade não é mercadoria, mas tem a função de promover a igualdade. Logo, deve ser um bem pertencente à coletividade. O pensamento marxista difundiu-se em muitas nacionalidades, que passaram a incorporar os direitos sociais em seus textos legais, e contribuiu para o nascimento de uma nova fase na história.

Os séculos XIX e XX vislumbraram, então, a terceira fase do Estado Moderno, o Estado Social ou a social-democracia, na qual o mínimo existencial (saúde, educação, moradia etc.) deveria ser garantido por um Estado intervencionista. Surgia a segunda dimensão de direitos, os econômicos, sociais e culturais, amparados na noção de igualdade social. (BRAGA, 2009, p.15).

Nesse passo, enfatiza Chalhub (2003, p.42):

A partir da Revolução Industrial e do movimento socialista, a concepção absolutista oriunda da Revolução Francesa passa a experimentar profunda reformulação, delineando-se nas sociedades socialistas distintas concepções para a apropriação dos bens de produção e de consumo ou de uso pessoal, aquela constituindo uma propriedade estatal ou cooperativa, limitando-se o direito individual à apropriação dos bens necessários à satisfação das necessidades materiais ou culturais da pessoa. Ao mesmo passo, acentua-se uma nova conformação da propriedade privada, como resultado de forte reação ao princípio da intangibilidade da propriedade, passando a se condicionar a garantia do direito individual ao cumprimento da função social da propriedade. Efetivamente, o exacerbado conceito individualista da propriedade instaurado com a Revolução Francesa até poderia, então, justificar-se, como reação aos privilégios do regime feudal, mas, passado aquele momento, o interesse individual cede espaço ao interesse social, a partir da consagração do princípio segundo o qual a propriedade deve desempenhar uma função social, conjugando o exercício do direito individual com a consecução de uma utilidade social do objeto da propriedade (CHALHUB, 2003, p.42).

Embora o socialismo de Marx tenha sido integralmente materializado em apenas alguns Estados, muitos dos seus ideais repercutiram de alguma forma pelo mundo todo. A ideia de que a propriedade imóvel deve ter uma função social, visando buscar a igualdade, foi recepcionada pelo ordenamento jurídico de vários países, tendo em vista a atenuação das desigualdades cada vez mais acentuadas em decorrência do sistema capitalista.

Nesse sentido, relevante o ensinamento de Wald (1995, p. 106):

Na realidade assistimos a uma fase de predomínio do social sobre o individual. Os direitos do homem mereciam uma garantia especial quando o Estado representava uma minoria dos membros da comunidade. Dentro do plano democrático, havendo coincidência da maioria com o Estado, a noção predominante torna-se a de utilidade pública, sem prejuízo do reconhecimento dos direitos intangíveis do indivíduo.

Estava enraizado, portanto, um novo modelo de propriedade que, em razão das necessidades das sociedades, predomina até os dias atuais: é a propriedade individual por natureza, mas com escopo social.

No direito brasileiro, pode-se sentir a evolução nos direitos sociais e econômicos do Império à República, passando da valorização da propriedade individual plena “proteção do interesse coletivo sobre o individual no referente ao direito de propriedade tornou-se relevante a partir da Constituição Federal de 1934, avançando na interpretação doutrinária e jurisprudencial e nas leis infraconstitucionais (BRAGA, 1934, p. 16). Antes disso, contudo, as ideologias liberalistas também eram recepcionadas.

Passa-se, então, a discorrer sobre a evolução do direito de propriedade no ordenamento jurídico brasileiro.

2.5 PROPRIEDADE NO BRASIL

Ao ser declarado independente, o Brasil tornou-se livre para elaborar suas próprias leis. A necessidade de estabelecer os fundamentos de direito deste novo país ensejou na outorga da primeira Constituição brasileira, a Constituição Imperial.

Declarados independentes em 1822, nossa primeira experiência como nação livre e soberana se deu à luz do constitucionalismo clássico ou, se preferimos, do constitucionalismo histórico, assim considerado o movimento de idéias construído em torno do célebre art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que assim dispunha: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não for assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”. [...] Esse, portanto, era o clima histórico e ideológico ou a ambiente em que viria à luz a nossa primeira Carta Política, a Constituição do Império do Brasil, “oferecida e jurada” por Sua Majestade o Imperador Pedro I, aos 25 de março de 1824, em cujo art. 3º está dito, não por acaso, que “O seu Governo é Monárquico, Constitucional, e Representativo”, vale dizer, comprometido com o respeito aos direitos e liberdades fundamentais, como verdadeiras constituições daquela época (MENDES, apud BRAGA, 2009, p. 18).

Foi com a influência das ideias liberalistas, portanto, que a propriedade foi recepcionada por esta Lei Maior como um direito natural, inerente à pessoa humana, inviolável e pleno. Dispunha o artigo 179 desta Carta Política:

Art. 179 A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira

seguinte. [...] XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indenmisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação. (BRASIL, 1824).

Inobstante a tutela constitucional conferida à propriedade, havia necessidade de uma legislação infraconstitucional que, de fato, efetivasse aquele direito.

Deste a independência até 1850, não havia títulos que regulassem a ocupação do solo brasileiro. No referido ano, “foi promulgada a Lei 601 conhecida como Lei de Terras. Em suma, seu objetivo foi de organizar o quadro fundiário brasileiro, separando o domínio público do particular” (MARTINS-COSTA apud PEREIRA, 2010, p. 98).

Nesse passo, “também a Lei Hipotecária (lei 1.237 de 24 de setembro de 1864) teve relevância na organização jurídica da propriedade, consagrando a importância do registro de imóveis e a transcrição como modo de adquirir a propriedade imóvel”. (MARTINS-COSTA apud PEREIRA, 2010, p.98).

Assim, com a concessão, pela Lei de Terras, do título de proprietário àquele que nenhuma prova de sua propriedade possuía, e com a criação de formalidades a transmissão dessa propriedade, buscou-se dar a máxima efetividade aos preceitos constitucionais.

Com advento da primeira Constituição da República, em 1891 se manteve a ordem primeiramente instaurada. “Consagrando os direitos e garantias individuais, pilares do Estado Liberal, essa Carta Política previa, na seção reservada à declaração de direitos, além do direito à propriedade, a desapropriação por utilidade pública” (BRAGA, 2009). Previa-se no seu artigo 71, caput e § 17:

Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria (BRASIL, 1891).

Ainda sob a influência do Estado Liberal, o Código Civil de 1916 entra em vigor, e com ele, mais uma vez a propriedade é amparada como um direito individual pleno. O artigo 521 dessa lei principiológica “assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua (BRASIL, 1916)”. Já o seu 527 faz saber que “O domínio

presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário” (BRASIL, 1916). Pelo advento deste codex, o direito de propriedade ganhou conteúdo, ao se estabelecerem os direitos do proprietário, nos mesmos termos em que era concebido no direito romano.

Já a Constituição de 1934 foi um marco na história da propriedade brasileira, por tutelar, pela primeira vez os direitos sociais, sob a influência dos movimentos sociais que aconteceram na Europa.

A referida Carta Magna estabelecia em seu artigo 113, n. 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” (BRASIL, 1934).

Foi apenas com a Constituição de 1934 que os brasileiros viram-se contemplados com a proteção constitucional aos interesses da coletividade, característica do Estado Social. Preocupou-se, assim, em positivizar os direitos sociais, de conteúdo notadamente programático, que se somaram aos direitos individuais. [...] essa Carta Magna surgiu sob a influência da Constituição do México e da Constituição de Weimar [...] (BRAGA, 2009, p. 20).

Outorgada em decorrência de um golpe de Estado, a Constituição de 1937 suprimiu direitos fundamentais, mas ainda assim assegurou, em seu artigo 122, inciso 17 “o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia” (BRASIL, 1937). Ainda segundo o mesmo dispositivo, o conteúdo e os limites desse direito seriam os definidos nas leis que lhe regulassem o exercício (BRASIL, 1937).

Com a outorga da Constituição de 1946 volta a ser prezado pela inviolabilidade dos direitos fundamentais. O texto constitucional descreve uma nova modalidade de desapropriação antes não prevista, denominada desapropriação por interesse social prevista em seu artigo 141, § 16, assim dispendo: “É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro.” (BRASIL, 1946). Wald (1995, p. 105) relaciona o que se referiu à propriedade nesta Lei Maior:

A constituição de 1946, após garantir o direito de propriedade, assegurando, em caso de desapropriação, uma indenização justa e prévia (art. 141, § 16), permitiu a intervenção do Estado no domínio econômico (art. 146), condicionando, outrossim, o uso da propriedade ao bem-estar social e

autorizando a lei ordinária a promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos (art. 147).

A Constituição de 1967 mantém praticamente a mesma redação da constituição de 1946 ao assegurar “o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro”. Esta Carta ainda estabelece em que a função social da propriedade é princípio pelo qual se rege a ordem econômica, e esta, por sua vez, tem por fim realizar a justiça social, assim dispondo em seu artigo 157: “A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...] III - função social da propriedade;” (BRASIL, 1967).

Nota-se que, a partir de 1934, cada Constituição brasileira, com exceção daquela decorrente do golpe de Estado, acrescentava alguma disposição referente aos fins sociais da propriedade. Nunca perdeu esta o caráter privado, pois os textos constitucionais frisavam sua condição de inviolável. Todavia, não se permitia o prevailecimento desta plenitude sobre os interesses da coletividade. E foi com essa nova roupagem que a direito de propriedade atual foi concebido, como se verá a seguir.

3. A TUTELA DA PROPRIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO ATUAL

Os contornos basilares atuais do Direito de Propriedade, definidos pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002, carregam em si uma série de fatos geradores, decorrentes de uma evolução histórica que ensejou na queda do direito de propriedade individualista, gerador de desequilíbrios sociais, cedendo espaço para necessidade de se promover a igualdade e o bem-estar social, bem como de zelar pela manutenção da ordem econômica.

Seguindo essa evolução, o direito de propriedade é tutelado pela Constituição Federal nos seguintes termos:

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

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...] II - propriedade privada; III - função social da propriedade; (BRASIL, 1988).

Pela leitura do texto constitucional percebe-se claramente que propriedade privada e função social são indissociáveis. Neste sentido, valendo-se das palavras de Silva:

[...] não há como escapar ao sentido de que só garante o direito da propriedade que atenda sua função social. [...] embora prevista entre os direitos individuais, ela não poderá ser considerada puro direito individual relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque os princípios de ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim: assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social. se é assim, então a propriedade privada, que, ademais, tem que atender a sua função social, fica vinculada à consecução daquele princípio.

Percebe-se, portanto, que a Constituição lançou as diretrizes básicas do direito de propriedade, cabendo à legislação infraconstitucional a regulamentar a matéria, definindo o conteúdo do direito de propriedade, sem afastar o cumprimento da função social.

Destarte, o papel regulamentador do direito de propriedade coube ao Código Civil de 2002 que, abandonando o caráter absoluto e individualista da propriedade que vigorava na edição de 1916, assim dispõe:

Art. 1.228. 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. §1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas (BRASIL, 2002).

Assim, ao passo que a Constituição garante o direito de propriedade, o Código Civil lhe dá vida ao mencionar que o proprietário tem a faculdade de usar, gozar, dispor da coisa, e o poder de reaver de quem quer que injustamente a possua ou detenha, desde que se atenda aos fins sociais e econômicos da propriedade.

Busca-se, a seguir, adentrar no instituto do direito de propriedade, de modo que se compreenda o conteúdo ditado pelo Código Civil, protegido pela Lei Maior.

3.1 DIREITO DE PROPRIEDADE. CONCEITO

Ao se discorrer sobre a história da propriedade, pôde-se compreender que o instituto nunca foi estático, esteve sempre acompanhando o processo evolutivo das sociedades. Em certo momento, a instituição era representativa do poder do chefe de família e não havia intervenção estatal. Em outras circunstâncias legitimava o poder das classes hierarquicamente superiores dentro da organização do Estado. Passou ainda a ser sinônimo de desenvolvimento econômico e geração de riqueza e, por fim, buscou-se sua funcionalização.

Não há, portanto, como entender a propriedade dissociada do contexto social, econômico, político ou mesmo religioso constituído em determinado Estado e em determinada época. Trata-se de um fenômeno em constante alteração.

Nesse sentido, elucida Pereira (2009, p.81):

Não existe um conceito inflexível do direito de propriedade. Muito erra o profissional que põe os olhos no direito positivo e supõe que os lineamentos legais do instituto constituem a cristalização dos princípios em termos permanentes, ou que o estágio atual da propriedade é a derradeira, definitiva fase de seu desenvolvimento. Ao revés, envolve sempre, modifica-se ao sabor das injunções econômicas, políticas, sociais e religiosas. Nem se pode falar, a rigor, que a estrutura jurídica da propriedade, tal como se reflete em nosso Código, é a determinação de sua realidade sociológica, pois que aos nossos olhos e sem que alguém possa impedi-lo, ela está passando por transformações tão substanciais quanto aquelas que caracterizaram a criação da propriedade individual, ou que inspiraram a sua concepção feudal.

Assim também entende Tepedino, ao afirmar que:

propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para a emanção de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade. [...] Tal conclusão oferece suporte teórico para a correta compreensão da função social da propriedade, que terá, necessariamente, uma configuração flexível, mais uma vez devendo-se refutar os apriorismos ideológicos e homenagear o dado normativo (*apud* BARBOSA e PAMPLONA FILHO, 2004).

Embora essa constante movimentação não permita atribuir a propriedade um conceito imutável, tem se buscado afeiçoá-la a definições contemporâneas que permitem estabelecer um ponto de partida para a compreensão do instituto em suas variadas dimensões.

Para Rizzardo, a propriedade “considera-se o mais amplo dos direitos reais, o chamado direito real por excelência, ou o direito fundamental [...]. É a propriedade um direito complexo, pois assegura ao titular a faculdade de disposição. Ou seja, à pessoa se autoriza dispor da forma que entender da coisa, como usá-la abandoná-la, aliená-la e destruí-la” (2004, p.169).

De acordo com Pereira, o conceito de direito de propriedade deve ser entendido como aquele que reúne as faculdades que a lei concede ao proprietário:

Fiquemos então com o conceito calcado no Código Civil de 2002, similar ao adotado pelo Código Civil de 1916, que, sem pruridos de perfeição estilística, define o domínio e ao mesmo tempo o analisa em seus elementos. Estes, desde as fontes, consistem no uso, fruição e disposição da coisa. São os atributos ou faculdades inerentes à propriedade. Errôneo, contudo, seria dizer que esta reúne ou enfeixa os direitos de usar, gozar e dispor da coisa. A propriedade é que é um direito, e este compreende o poder de agir diversamente em relação à coisa, usando, gozando ou dispondo dela: *ius utendi, fruendi et abutendi*.

Assim também entende Venosa (2005, p.161), para quem “O Código preferiu descrever de forma analítica os poderes do proprietário a definir a propriedade. A síntese dessas faculdades presentes na senhoria sobre a coisa fornece seu sentido global”.

Uma vez que o direito de propriedade somente se configura pela presença dos atributos que lhes são inerentes, não há como compreender este direito, sem conhecer o significado das faculdades que o legislador conferiu ao proprietário no artigo 1228 do Código Civil.

3.2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA PROPRIEDADE

Os elementos que configuram a propriedade nos moldes atuais é o que lhe confere o título de mais completo dos direitos reais. Isso acontece porque nos demais direitos das coisas estão presentes um ou outro desses elementos, mas só a propriedade pode conferir ao mesmo tempo os direitos de usar, gozar, dispor e reaver. Esses poderes que formam o direito de propriedade são positivados pelo Código Civil, em seu artigo 1.228, ao preceituar: “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” (BRASIL, 2003).

Quando todos os poderes puderem ser exercidos pelo proprietário, diz-se que a propriedade é plena. Quando algum destes for suprimido, por vontade própria do proprietário ou por alguma imposição, a propriedade será limitada.

Os elementos constitutivos da propriedade (*jus utendi, fruendi et abutendi*) são autônomos, não se confundindo uns e outros. Diz-se plena a propriedade quando todos se acham reunidos em favor de um único titular; quando, porém, se desmembra um dos atributos, erigido em direito real autônomo e conferido a outrem, conservando os demais o proprietário, a propriedade é limitada (MONTEIRO, 2007, p. 88).

As faculdades de usar, gozar e dispor são o conteúdo positivo do direito de propriedade, e correspondem aos mesmos atributos da propriedade romana, *jus utendi, fruendi et abutendi*, os quais constituíam em conjunto a propriedade perfeita (MONTEIRO, 2007, p.87).

Por sua vez, o direito de reaver é aquele exercitado a partir do momento em que algum dos direitos positivos do proprietário é violado.

3.2.1 Direito de usar – *jus utendi*

Configura-se o direito de usar quando a coisa é colocada a serviço do titular, sem que seja alterada a sua substancia. (S. PEREIRA, apud PEREIRA, 2008, p. 93; VENOSA, 2005, p.161).

Por este atributo, o titular pode usar a coisa em seu benefício ou de terceiro, ou simplesmente pode deixar de usa-la, mantendo-a guardada ou inerte. A coisa deve der condições de servir. (PEREIRA, 2009, p. 93)

Assim, como exemplo, o proprietário usa seu imóvel quando nele habita ou permite que terceiro o faça. Também usa o proprietário quando mantém seu terreno cercado sem qualquer utilização (VENOSA, 2005, p.161).

Em suma, a faculdade de usar é ter o bem a disposição do proprietário para que este lhe dê a destinação que melhor aprouver.

Contudo, na concepção atual, esse direito não pode ser um instrumento de opressão, nem de extração de benefícios exagerados quando em contraste com a carência constante, tendo em vista a observância do principio da função social (PEREIRA, 2009, p. 94). O uso, como se verá mais a frente, deverá trazer o mínimo de comodidade ao proprietário.

3.2.2 Direito de gozar – *ius fruendi*

Gozar do bem ou fruir “significa extrair dele benefícios e vantagens. Refere-se à percepção dos frutos, tanto naturais quanto cíveis” (VENOSA, 2005, p. 161).

No geral, a expressão fruição é empregada pela linguagem corrente “em sentido mais abrangente, inserido no direito de gozar o de usar, tendo em vista a normalidade lógica do emprego da coisa, cuja fruição habitualmente envolve a utilização” (PEREIRA, 2009, p.94).

Portanto, enquanto no uso basta ter o bem a disposição do proprietário, no gozo o proprietário auferir-se as vantagens proporcionadas pelo bem que se tem a disposição.

3.2.3 Direito de dispor – *ius disponendi et abutendi*

A faculdade de dispor “envolve o poder de consumir o bem, alterar-lhe sua substância, aliená-lo ou gravá-lo. É o poder mais abrangente, pois quem pode dispor da coisa dela também pode usar e gozar”. (VENOSA, 2005, p. 88).

É visto como o elemento constitutivo “mais importante” (MONTEIRO, 2003, p. 88), ou ainda “elemento definidor do domínio” (HEDEMANN, apud PEREIRA, 2009, p. 94) O fato é que “o poder de dispor somente o proprietário possui”.

Cumprido ressaltar que a expressão agregada do direito romano, *ius abutendi*, não está no sentido de abusar da coisa, expressão essa que lembra um sentido de abuso de direito ou ato ilícito. Tal como concebido pelo Código Civil, entre os romanos o *abusus* “traduzia o poder de alienar, o poder de consumir, em suma, a idéia de disposição” (MONTEIRO, 2007, p.88).

Dessa forma, o direito de dispor não deve resultar em:

abusar da coisa, destruindo-a gratuitamente, pois a própria Constituição Federal prescreve que o uso da propriedade deve ser condicionado ao bem-estar social. Nem sempre, portanto, é lícito ao dominus destruir a coisa que lhe pertence, mas somente quando não caracterizar um ato anti-social (GONÇALVES, 2009, p. 209).

Cuida-se aqui de um direito muito amplo, sem o qual a propriedade não se configura. É o que mais se aproxima do sentido de ser a propriedade um direito absoluto. Contudo, o relativismo dessa afirmação é algo evidente e torna-se desnecessário repetir.

3.2.4 Direito de reaver – *rei vindicatio*

O direito de reaver consiste no poder conferido ao proprietário de retomar a coisa das mãos alheias, do possuidor ou detentor “que a conserva sem causa jurídica, ou a *possui injustamente*” (PEREIRA, 2009, p. 96).

Fundamenta-se o direito de reaver no direito de sequela, que é “o poder de perseguir a coisa onde quer que ela se encontre” (GONÇALVES, 2009, p.210).

O proprietário exercita o seu direito de reaver “através da ação reivindicatória, de natureza real, exercitável *adversus omnes [...]*. Trata-se de ação

puramente dominial e por isso cabe apenas a quem seja proprietário”. (MONTEIRO, 2007, p.90).

É o direito de reaver que vai buscar dar efetividade aos demais direitos do proprietário quando violados. Pode-se dizer que é elemento essencial, pois, “de nada valeria ao *dominus*, em verdade, ser sujeito da relação jurídica dominial e reunir na sua titularidade o *ius utendi*, *fruendi*, *abutendi*, se não lhe fosse dado reavê-la de alguém que a possuísse injustamente, ou a detivesse sem título” (PEREIRA, 2009, p. 96).

A ação reivindicatória é, como se percebe, o instrumento pelo qual se materializa o direito de reaver. Tem como característica aquela própria dos direitos reais, sua oponibilidade *erga omnes*, ou seja, cabe contra qualquer pessoa que venha a violar injustamente os direitos do proprietário.

3.3 NATUREZA DO DIREITO DE PROPRIEDADE: SUAS CARACTERÍSTICAS

O direito de propriedade é por sua natureza um “um direito *absoluto*, *exclusivo* e *perpétuo*” (RODRIGUES, 2006, p. 78).

Essas características sempre estiveram presentes na concepção da propriedade no direito brasileiro, herança do Direito Romano individualista.

3.3.1 Direito absoluto

O direito de propriedade é entendido como absoluto “no sentido de que o proprietário tem sobre aquilo que é seu o mais amplo poder jurídico, usando e desfrutando a coisa da maneira que lhe aprouver” (RODRIGUES, 2006, p. 78).

Segundo Chalhub, o direito de propriedade é absoluto por que:

atribui ao seu titular poder jurídico de dominação plena da coisa, facultando-lhe usar a coisa de acordo com seus interesses particulares, podendo dispor da coisa, aliená-la, abandona-la, destruí-la; pode até limitar seu próprio direito de propriedade, constituindo sobre a coisa outros direitos em favor de terceiros. É o direito oponível contra todos. Os poderes do titular do direito

de propriedade são ilimitados, ao contrário dos direitos reais limitados como, por exemplo, o do proprietário fiduciário (2003, p. 44).

Pontifica Monteiro que o proprietário poderá dispor da coisa como bem entender, desde que condicionado “a determinadas limitações, impostas no interesse público ou pela coexistência do direito de propriedade dos demais indivíduos” (2007, p. 85).

Por este motivo não se pode compreender o caráter absoluto da propriedade, desde modo, irrevogável, pois “não se apresenta com a feição que revestia no direito romano, devendo ser entendido dentro do âmbito em que a norma jurídica permite o seu movimento e desenvolvimento” (DINIZ, 2006, p. 124).

Assim sendo, o direito de propriedade absoluto é uma ficção jurídica, pois ao admitir que é absoluto nega-se sua limitação.

3.3.2 Direito exclusivo

A exclusividade da propriedade é característica reconhecida pelo atual Código Civil, em seu artigo 1.231, ao declarar que “a propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário” (BRASIL, 2002).

Diz-se que a propriedade é exclusiva porque “o direito de seu titular é exercido sem concorrência de outrem” (RODRIGUES, 2006, p. 79).

Por esta característica, “a mesma coisa não pode pertencer com exclusividade e simultaneamente a duas ou mais pessoas. O direito de um sobre determinada coisa exclui o direito de outro sobre essa mesma coisa” (MONTEIRO, 2007, p. 85).

Segundo Rodrigues, “a noção de exclusividade do domínio se choca, pelo menos aparentemente, com a de condomínio” (2006, p.80).

É preciso, pois, compreender que no condomínio “não desaparece essa exclusividade, porque os condôminos são, conjuntamente, titulares do direito. O condomínio implica em uma divisão abstrata da propriedade, pois cada condômino possui uma quota ideal do bem” (DINIZ, 2006, p.124).

Pode-se verificar, portanto, que a propriedade sempre terá como característica a exclusividade, mesmo no condomínio, pois um condômino não

poderá exercer o direito de propriedade, que é um só, sobre a coisa toda, de modo a excluir a do outro condômino, no tocante à sua fração ideal.

Em razão da exclusividade pode o proprietário “agastar da utilização da coisa quem quer que dela queira tirar qualquer proveito” (RODRIGUES, 2006, p. 79).

Ainda que a pessoa que queira tirar proveito não cause prejuízo algum ao proprietário, poderá este opor-se contra aquela, sempre que não esteja previsto na lei que tal situação configure uma restrição ao direito de propriedade. (GONÇALVES, apud RODRIGUES, 2006, p. 79).

Sobrevém, deste modo, “a oponibilidade *erga omnes* como um atributo da exclusividade” (MONTEIRO; RODRIGUES; SERPA LOPES apud DINIZ, 2006, p. 124).

A exclusividade revela a oponibilidade *erga omnes* do direito de propriedade, pois uma vez que somente uma pessoa poderá ser proprietária de um específico bem, cabendo somente a esta o exercício dos direito de propriedade, qualquer outra pessoa é excluída da relação jurídica, motivo pelo qual o proprietário poderá contra todos demandar.

3.3.3 Direito perpétuo

A propriedade é perpétua porque “ela só se extingue pela vontade do dono, ou por disposição da lei” (RODRIGUES, 2006, p. 81).

De acordo com Monteiro, a propriedade é perpétua “no sentido de que subsiste independentemente de exercício, enquanto não sobrevier causa legal extintiva” (2007, p. 85).

Ensina Cunha Goncalves (apud DINIZ, 2006, p. 125), que “tal perpetuidade não significa que um bem deve permanecer sempre ao mesmo titular, visto que os homens duram, em regra, menos do que os bens que são donos. Compreende sua perpetuidade a possibilidade de sua transmissão [...]”.

Pode-se afirmar que a propriedade é perpétua até que se prove o contrário, ainda que essa característica não esteja prevista expressamente em lei como no caso da plenitude e da exclusividade.

Isso acontece porque várias são as hipóteses previstas em lei que autorizam a perda da propriedade, mas o proprietário somente será privado de seu bem quando for comprovada sua utilização abusiva, o atendimento dos interesses sociais e econômicos, ou ainda a utilidade pública em detrimento dos interesses particulares do proprietário.

3.4 OBJETO E EXTENSÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Para o estudo proposto, necessário se faz compreender qual o objeto do direito de propriedade privada, e até onde vão os limites físicos dessa propriedade.

Em linhas gerais, “poder-se-á dizer que pode ser objeto da propriedade tudo aquilo que dela não for excluído por força da lei” (DINIZ, 2006, p. 125).

Podem ser objeto da propriedade os bens corpóreos, que se subdividem em móveis e imóveis, e também os bens incorpóreos, incluídos no direito das coisas pelo Código Civil de 1916, que são a propriedade artística, literária e científica (DINIZ, 2006, p. 125-127). Embora seja reconhecida a propriedade imaterial, que recai sobre os bens incorpóreos, cabe ao presente estudo compreender o objeto e a extensão da propriedade sobre os bens corpóreos, em especial, os imóveis.

Será ainda objeto da propriedade, segundo artigo 1.232 do Código Civil “os frutos e mais produtos da coisa pertencem, ainda quando separados, ao seu proprietário, salvo se, por preceito jurídico especial couberem a outrem” (BRASIL, 2003). Ensina Monteiro que tal direito “trata-se da aplicação do *jus fruendi*. O direito aos frutos e mais produtos é uma das modalidades do gozo da coisa. A propriedade estende-se a todas as utilidades que esta produz” (2007, p. 91).

Quando a propriedade recair sobre bens corpóreos móveis, não há dificuldade em delimitar seu alcance, “uma vez que além de serem suscetíveis de perfeita individualização que possibilita determinação específica, ocupam, no espaço, um lugar definido, podendo ser materialmente isolados” (GOMES, apud DINIZ, 2006, p. 125).

No tocante aos bens imóveis não parece simples delimitar a extensão. Enquanto no sentido horizontal é possível haver a demarcação exata, no sentido vertical, entretanto, não existe um limite mensurável pré-estabelecido. A extensão,

neste caso, deverá ser delimitada levando em conta a necessidade de exploração do proprietário. É o que prescreve o artigo 1229 do Código Civil pátrio:

Art. 1229. A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las. (BRASIL, 2003).

Seria ilógico não haver extensão da propriedade ao espaço aéreo e ao subsolo, pois não haveria possibilidade do proprietário exercer os poderes de uso e gozo sobre o bem se e a propriedade estivesse ligada apenas à camada da faixa de terra em si. De acordo com o Código Civil, para que se estabeleçam os limites para cima e para baixo, deve-se levar em consideração tanto a utilidade quanto o interesse do proprietário. Nestes termos, o poder do proprietário não chega até as estrelas, nem até as profundidades da terra, porque não chega até aí seu interesse, pois este se caracteriza pela viabilidade de aproveitamento do espaço, ou seja, pelo critério utilitário, e não pela mera intenção abstrata de guardar o espaço aéreo ou subsolo para um aproveitamento apenas teórico (PEREIRA, 2009, p. 83-84).

A fim de compreender a extensão da propriedade na linha vertical, levando em conta a utilidade e o interesse limitadores, trazidos pelo Código Civil, pode-se valer das colocações de Washington de Barros Monteiro, para quem, ao proprietário:

não assiste o direito de impugnar a realização de trabalhos que se efetuem a uma altura ou a uma profundidade tais, que não tenha interesse em impedi-los. Aqui intervém o interesse social a cercear a propriedade. No Rio de Janeiro, por exemplo, o proprietário não poderia opor-se à passagem dos cabos empregados na tração do bonde aéreo do Pão-de-Açúcar, devido à sua grande altura. Em São Paulo, igualmente, não assistiria ao proprietário direito de contestar a perfuração do subsolo para instalação do metrô. Já no tocante à passagem de fios telegráficos, telefônicos ou condutores de energia elétrica, cumpre distinguir: se não há colocação de postes no terreno e nenhum risco se impõe ao proprietário, não pode este opor-se à passagem. Mas, se imperiosa a colocação de postes, ou se a passagem dos fios oferece perigo, então diferente será a solução, podendo o proprietário impugnar qualquer iniciativa nesse sentido (2007, p. 89).

Neste íterim, é possível afirmar que o interesse do proprietário será demonstrado tanto pela destinação que deu ao imóvel, como pela projeção de fazer uso do espaço aéreo ou subsolo até certa distância, desde que dentro das possibilidades reais de execução de seus planos.

Isso quer dizer que se alguém tem apenas uma casa sobre o solo, e não planeje demoli-la, vai ter interesse diverso daquele que tem ali um prédio edificado, ou que esteja planejando construí-lo, até certa distância que permitam as condições

do solo, além das “exigências do poder público que, conforme sua localização, pode impor altura à sua construção, recuo do alinhamento, bem como impedir certo tipo de edificação, como sucede nos bairros residenciais” (MONTEIRO, *apud* DINIZ, 2006, p. 127).

Como visto, se alguém vier a usufruir do espaço aéreo correspondente ao interesse do proprietário, ou venha este a ser prejudicado mesmo que ultrapasse sua esfera de interesse, poderá demandar a proteção de sua propriedade.

No tocante aos bens que não podem se objeto de propriedade privada, pode-se citar, no que tange ao subsolo, a propriedade não abrange, de acordo com o artigo 1.230 do Código Civil, “as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais” (BRASIL, 2003).

Silva cita ainda como exemplo outros bens que são destinados a atender o interesse público, são eles, “vias de circulação, mar territorial, terrenos de marinha, praias, rios, lagos, águas de modo geral etc.” (2005, p. 279).

É importante destacar que todo bem imóvel deverá ser de propriedade de alguém. Sobre isso, será tratado mais a frente.

3.5 RESTRIÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE

A concepção do atual direito de propriedade implica que as faculdades de usar, gozar, dispor são cada vez mais restringidas. Silva ensina que as restrições limitam o caráter absoluto do direito de propriedade em qualquer uma das faculdades, seja usar, gozar ou dispor da coisa (2005, p. 279).

As restrições existentes são de natureza constitucional, administrativa, eleitoral, relativas aos direitos de vizinhança, dentre outras. Essas restrições visam a atender a determinadas necessidades da sociedade atual, que excedem os interesses individuais do proprietário.

No direito moderno, o primado do interesse coletivo ou público vem influenciando sobremaneira no conceito de propriedade. As medidas restritivas ao direito de propriedade, impostas pelo Estado em prol da supremacia do interesse público, vem diminuindo o exercício desse direito. De modo que os princípios gerais de direito como os da igualdade das propriedades e repressão do abuso do direito foram sendo aplicados tão amplamente que o

domínio passou a encontrar neles restrições cada vez mais fortes, acarretando o seu enfraquecimento interno e a consolidação da política de intervenção estatal. Em virtude dessa política intervencionista do Estado, o proprietário de nossos dias desconhece o caráter absoluto, soberano e intangível de que se impregnava o domínio na era dos romanos (DINIZ, 2006, p. 258).

As restrições ao direito de propriedade “interferem nos poderes do proprietário, impondo-lhe deveres e ônus de modo a assegurar a coexistência desse direito no contexto subjetivo do interesse coletivo” (CHALHUB, 2003, P. 66).

Diniz classifica as restrições existentes no ordenamento jurídico atual em restrições em virtude do interesse social e restrições baseadas no interesse privado (2006, p. 111).

As restrições em virtude do interesse social estão previstas na Constituição e demais leis. Situam-se principalmente no campo urbanístico, relativo ao qual estabelecem “rigorosas restrições ao aproveitamento dos imóveis urbanos e impõem determinadas condutas aos proprietários” (CHALHB, 2003, P. 67). Atinge também aos imóveis rurais, podendo-se citar o Estatuto da Terra, lei n. 4.504/64 “introduziu uma série de inovações que visam dar melhor aproveitamento às terras, procurando distribuí-las de modo a atender aos princípios da justiça social e ao aumento da produtividade” (DINIZ, 2006, p. 269). Além disso, a Constituição atual, em seu artigo 191 e o parágrafo único do artigo 1.239 do Código Civil “contemplam a aquisição de imóvel particular rural, por meio da usucapião *pro labore*, limitando o direito do proprietário que o abandonou” (DINIZ 2006, p. 169). Uma das restrições mais expressivas é a desapropriação, que poderá abarcar tantos os imóveis urbanos que necessitam atender necessidades ou utilidades públicas e interesses sociais, quanto os imóveis rurais que necessitem atender a interesses sociais de reforma agrária.

Muitas são as restrições dessa natureza, sendo difícil elencar todas, pois estão presentes em várias leis esparsas. Por oportuno, cabe citar as principais limitações por interesse público. Chalhub as classifica em:

- a) desapropriação;
- b) restrições à exploração de atividades que dependem de autorização estatal, como por exemplo, a mineração;
- c) confisco de terras onde se cultivem ilegalmente plantas psicotrópicas;
- d) obrigação de preservação de obras e locais de valor histórico, artístico ou cultural;
- e) normas urbanísticas, que estabelecem limitações ao uso do solo, notadamente quanto ao zoneamento;

f) normas relativas ao funcionamento dos serviços públicos, tais como comunicações e transporte, impondo ao proprietário, por exemplo, a passagem de fios sobre seu imóvel (2003, p. 67).

Já as restrições baseadas no interesse privado são aquelas relativas ao direito de vizinhança, que impõem limites ao direito de propriedade de modo a não causar prejuízo a outrem, e a propriedades coexistirem entre si.

Cada proprietário compensa seu sacrifício com a vantagem que lhe advém do correspondente sacrifício do direito do vizinho. Se assim não fosse, se os proprietários pudessem invocar uns contra os outros seu direito absoluto e ilimitado, impossibilitados estariam de exercer qualquer direito, pois as propriedades se aniquilariam dessa forma (DINIZ, 2006, p. 272).

Podem-se destacar como principais restrições dessa natureza:

- a) uso nocivo do imóvel, que comprometa a vida, a saúde ou a segurança dos vizinhos;
- b) Constituição de servidões de passagem para a via pública;
- c) escoamento natural das águas;
- d) limites entre prédios, fixação e preservação de marcos, bem como aviventação de marcos apagados;
- e) limitações do direito de construir;
- f) direito de tapagem. (CHALHUB, 2003, p. 68).

Há ainda limitações voluntárias, impostas pelo próprio proprietário se assim desejar, quando este transfere a outrem a propriedade, ou algum dos direitos a ela inerente. As limitações de cunho voluntário não devem ser entendidas da mesma forma que as restrições coercitivas porque enquanto aquelas atendem unicamente ao interesse do proprietário, estas têm por fim a harmonização do direito de propriedade em consonância com interesses dos demais particulares e da sociedade em geral.

3.6 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Para compreender o direito de propriedade no todo é imprescindível que se delineie o seu princípio norteador, a função social.

Ensina Chalhub que, para entender o significado da expressão deve-se primeiro entender o vocábulo “função”. Segundo o autor, “a noção de função está ligada à finalidade de determinado instituto ou direito e corresponde aos interesses objeto da tutela; a função indica a maneira como um instituto deve operar e, assim, delinea o perfil estrutural do instituto” (2003, p. 53).

Nestes termos, a propriedade terá uma função social, isto é, deve ser operada de modo a atingir o fim social.

Fazendo uso das palavras de Melo afirma-se que a função social da propriedade significa que o bem deve atender as necessidades de acordo com sua espécie tipológica, canalizando as suas potencialidades (2007, p. 213).

Segundo o mesmo autor, para que a propriedade exerça sua função social os benefícios extraídos do bem devem atender as exigências da coletividade, ou de modo que não se faça em desacordo com a utilidade social (CARVALHO, 2007, p. 213).

De acordo com Grau, não basta o exercício da propriedade não estar em desacordo com a utilidade social, deve sempre priorizar outrem:

o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que o princípio da função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos [...] ao detentor do poder que deflui da propriedade (*apud* HUMBERT, 2005).

Assim também entende Collado, ao afirmar que a função social “introduziu, na esfera interna do direito de propriedade, um interesse que pode não coincidir com o do proprietário e que, em todo caso, é estranho ao mesmo” (*apud* SILVA, 2005).

Chalhub entende que “é de se admitir, sob qualquer perspectiva” que o direito de propriedade tenha por fim estruturar um mercado, de maneira a garantir seu funcionamento. Deste modo, independente do contexto social considerado, a propriedade será, por óbvio “elemento sempre presente na estrutura da ordem econômica e social, não havendo dúvida de que o reconhecimento do direito de propriedade é fator de segurança jurídica, e, conseqüentemente, de estabilidade social” (2003, p. 54-55).

Com a mesma percepção, Bulos define a função social da propriedade como “a destinação economicamente útil da propriedade, em nome do interesse público. Seu objetivo é otimizar o uso da propriedade, de sorte que não possa ser utilizada em detrimento do progresso e da satisfação da comunidade” (2010, p. 472).

De tudo o que foi exposto, não se pode negar que a função social da propriedade é elemento da estrutura da ordem econômica e social, posto que assim concebido pela própria Constituição.

3.6.1 A função social da propriedade e a dignidade da pessoa humana

Utilizando-se do raciocínio dedutivo, chega-se a conclusão de que o exercício do direito de propriedade está intimamente ligado à satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana. Mais uma vez remete-se ao artigo 170 da Constituição Federal:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
[...] II - propriedade privada; III - função social da propriedade; (BRASIL, 1988).

A leitura do artigo evidencia essa condição. Se a ordem econômica tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, e a ordem econômica é regida pela função social da propriedade, logo, a função social da propriedade tem por fim assegurar a existência digna.

A dignidade da pessoa humana é princípio basilar da Constituição, um de seus fundamentos. Nestes termos: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;” (BRASIL, 1988).

É difícil definir tudo o que representa a dignidade, pois está fundada nos valores intrínsecos a pessoa. Na busca de um conceito que melhor exprima a dignidade da pessoa humana, adequado utilizar-se das palavras de Sarlet:

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (apud NOGUEIRA, 2006).

Pelo exposto, percebe-se que a dignidade é difícil de definir, mas facilmente se sabe quando é violada. Toda vez que uma pessoa não tiver condições físicas e psicológicas mínimas para uma vida saudável, se estará violando a sua dignidade.

Assim, desde logo se percebe os inúmeros cuidados, as inúmeras ações que devem ser promovidas pelo Estado e pela própria sociedade, para que a dignidade de todos seja preservada, por ser um princípio de dimensões tal amplas.

Não poderia ser diferente a previsão constitucional que institui a propriedade e sua função social como princípio da ordem econômica. A propriedade tem imenso potencial para promover a dignidade. Uma propriedade rural produtiva gera empregos, desenvolve a comunidade, então proporcionar condições de vida digna a todas as pessoas envolvidas. A propriedade urbana na qual se edificam moradias garante a dignidade das pessoas ali fixadas, porque um teto é a condição mínima de dignidade da pessoa. Conforme disserta Silva “não há marginalização maior do que não se ter um teto para si e para a família” (2005, p. 315).

A Constituição previu essa diferenciação entre função social da propriedade urbana e rural, como se vê a seguir.

3.6.2 Função social das propriedades urbana e rural

Ao cuidar da política urbana, a Constituição dispõe em seu artigo 182 § 1º, que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” (BRASIL, 1988). No tocante à política agrícola e fundiária, dispõe o artigo 186 da Lei Maior:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (BRASIL, 1988)

As propriedades urbana e rural devem atender a anseios sociais distintos porque exprimem realidades diversas.

Neste sentido, versa Carvalho (2007, p. 219-220):

No plano urbanístico, a propriedade exerce uma função econômica, na medida em que o titular da coisa usa a propriedade, para construir sua morada e a de sua família. Nessa mesma ceara urbanística, se a propriedade for passível de gerar utilidade por meio do empreendimento de atividade econômica, gerará riquezas para o proprietário, para o Município, para o Estado e para a União. [...]

No plano rural, a função social da propriedade é ainda muito mais importante, pois além de representar aquilo que já foi exposto em relação à propriedade urbana, ela tem um viés dotado de especialidade. Essa especialidade é a função *pro labore* da propriedade rural, em favor de quem adquire a propriedade ou a posse, para o sustento próprio e da família.

Com as explicações do referido autor, conclui-se pela necessidade de analisar cada caso em particular, identificando quais as utilidades que o imóvel tem a oferecer dentro da esfera urbanística ou rural, para então saber qual será a função social da propriedade em questão.

3.6.3 O garantia de propriedade privada frente ao princípio da função social da propriedade

É importante que esteja claro que a propriedade é um direito garantido pela Constituição desde que cumpra sua função social. Não se pode olvidar que quando se cumpre a função social, o direito de propriedade é garantido como inviolável. Segundo Pagani, “se a propriedade é funcionalizada há de se garantir o exercício do direito de propriedade para o seu proprietário” (2009, p. 192).

Assim, o proprietário será inviolável na sua propriedade, se exercer as faculdades de usar, gozar e dispor em consonância com as finalidades econômicas e sociais da propriedade.

Se não é cumprida a função social, o proprietário poderá ser privado de seu bem por desapropriação, ou poderá perdê-lo em favor de quem dê a função social à propriedade, no caso da usucapião. Além disso, poderá perder o bem em virtude da nova modalidade de aquisição/ perda da propriedade, que foi criada pelo Código Civil com o fim de efetivar a função social da propriedade, objeto do presente estudo, a ser analisado em seus aspectos destacados no próximo capítulo.

Para compreender o instituto do direito de propriedade no todo, antes de adentrar ao tema proposto, é necessário compreender as modalidades de aquisição e perda da propriedade imóvel.

3.7 AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL

Compreendeu-se até o presente momento, que o direito de propriedade é um direito complexo, que envolve as faculdades de usar, gozar, dispor e o direito de reaver a coisa de quem quer que injustamente a possua ou detenha. É um direito fundamental, mas que deve ser exercido em consonância com suas finalidades sociais.

O direito de propriedade nasce com a aquisição da propriedade. Somente poderá exercer o direito de usar, gozar e dispor do bem, além de poder exercer o direito de reaver *erga omnes* quem estiver estar na condição de legítimo proprietário, isto é, o bem deve ter sido adquirido através de alguma das modalidades previstas pela lei, respeitadas suas respectivas formalidades. Se não fossem bem definidas as modalidades e os requisitos necessários para a aquisição da propriedade, certamente se depararia com insegurança jurídica, decorrente da fragilidade que causaria ao direito de propriedade.

A aquisição da propriedade pode ser originária ou derivada.

Segundo Venosa, a aquisição da propriedade “é originária quando desvinculada de qualquer relação com o titular anterior. Nela não existe relação jurídica de transmissão. Inexiste ou não há relevância jurídica na figura do antecessor” (VENOSA, 2005, p.198).

Para o autor supramencionado, somente a acessão seria uma modalidade de aquisição originária de fato, porque somente neste caso a coisa nunca pertenceu a outrem. Porém, a usucapião e a acessão natural foram eleitas pela doutrina majoritária como modalidades de aquisição originária porque, ainda que a coisa tivesse proprietário anterior, não guarda com este nenhuma relação (VENOSA, 2005, p. 198).

Por sua vez, a aquisição é derivada quando há um fato jurídico que estabelece uma relação de causalidade entre a propriedade do adquirente e do alienante. (RODRIGUES, 2006, p. 92).

A aquisição derivada está ligada a ideia de transmissão, porque o “antigo proprietário transmite o direito ao novo proprietário” (PEREIRA, 2009, p. 98).

A aquisição pode ser ainda a título singular ou a título universal, conforme expõe Rodrigues. No primeiro caso “adquire-se a coisa individualizada, como no

caso da compra e venda de determinado imóvel, no negócio entre vivos; ou, no do legado, na sucessão *causa mortis*". No segundo caso "o adquirente se sub-roga ao alienante numa *universitas juris*". Ocorre no caso da herança ou, como exemplo, na "na compra e venda de uma empresa, em que o adquirente assume todo o patrimônio da mesma, a saber, seu ativo e passivo" (RODRIGUES, 2006, p. 93).

Completa o referido autor que "a distinção sobreleva quando se tem em vista que na sucessão a título universal o sucessor sucede o sucedido em todos os débitos pessoais, enquanto na sucessão a título singular isso não ocorre" (RODRIGUES, 2006, p. 93).

O Código Civil pátrio em seus artigos 1238 à 1259 prevê como modalidades de aquisição da propriedade a usucapião, o registro do título e a acessão. Embora sejam essas as modalidades previstas no capítulo intitulado "Da Aquisição da Propriedade Imóvel" (BRASIL, 2003), trata-se de um rol exemplificativo, pois o referido código cuida ainda, no livro "Do Direito das Sucessões" (BRASIL, 2003), da aquisição por sucessão hereditária, prevista no artigo 1784, o qual preceitua que, uma vez aberta a sucessão, "a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários" (BRASIL, 2003). Também se adquire a propriedade em virtude do cumprimento de uma sentença judicial, em que alguém é obrigado a dar a coisa como forma de pagamento de uma obrigação anterior. A comunhão de bens também faz parte. Por fim, há a modalidade de aquisição da propriedade instituída pelos §§ 4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil, tema do presente trabalho.

3.7.1 Aquisição pelo registro do título

A transferência de bens imóveis entre vivos é um ato solene, que exige certas formalidades. Portanto, para que o adquirente do bem esteja na condição de legítimo proprietário, é necessário que promova o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

Deste modo, a simples escritura de compra e venda do imóvel ou o instrumento particular são apenas títulos translativos que geram a obrigação entre as partes de transmitir a propriedade da coisa, mas não é o suficiente para realizar a

transferência do domínio. Somente tem validade e eficácia perante terceiros quando efetuado o registro do título translativo no Registro de Imóveis da circunscrição em que se localiza o imóvel. Enquanto não for realizado o registro da propriedade, o alienante ainda se configura como titular do imóvel (CHALHUB, 2003, p. 82).

É o que se estabelece pelo artigo 1.245, caput e § 1º do atual Código Civil:

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.
§ 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

Contudo, a presunção de que o registro transfere a titularidade é relativa, pois segundo o § 2º do artigo supramencionado, pode ser contestada a validade do registro. Prescreve o dispositivo que enquanto “não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel”.

Percebe-se que, embora a presunção seja *juris tantum*, não se pode anular o registro pela simples vontade de seu oficial, pois a anulação somente poderá resultar “de uma sentença judicial em processo contencioso, no qual se reconhecerá ao réu a mais ampla defesa” (PEREIRA, 2009, p. 104).

Segundo o artigo 1.246 do Código Civil, o registro é eficaz “desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo” (BRASIL, 2003). A partir deste momento, então, nasce o direito de propriedade sobre bens imóveis (CHALHUB, 2003, p. 83).

Os registros públicos são regulados pela lei 6015/73. O título V desta lei cuida do Registro de Imóveis, compreendendo os artigos 167 e seguintes. A matéria é extensa e cabe apenas ao presente trabalho expor as diretrizes gerais do registro imobiliário.

De acordo com a Lei dos Registros Públicos, em seu artigo 236, registro imobiliário algum poderá ser feito “sem que o imóvel a que se referir esteja matriculado” (BRASIL, 1973). É a matrícula “o núcleo do registro imobiliário e cada imóvel deve ter matrícula própria” (VENOSA, 2005, p. 201).

Na matrícula do imóvel “deve ser inserida toda a vida jurídica do bem”. Devem nela constar os registros e averbações, previstos no artigo 167 da lei registral vigente (VENOSA, 2005, p.200).

Explica Rizzardo que “o registro é precedido pela matrícula. Equivale o termo ‘matrícula’ à descrição do imóvel. Lança-se simplesmente a descrição do imóvel. Depois é que vem o registro, que corresponde a tudo o que acontece com o imóvel descrito” (2004, p.308).

Já a averbação se refere aos “atos modificativos posteriores ao registro”. Representa tanto modificações referentes à situação física do imóvel, como por exemplo, alteração do nome da rua em que situa, quanto a situação civil do proprietário quando, por exemplo, passa do estado civil de solteiro para casado. (RIZZARDO, 2004, p. 308).

Quanto ao processo do registro, este está previsto nos artigos 182 e seguintes da lei 6.015/73. Não cabe discuti-lo em pormenor, pelas razões já expostas. É importante neste contexto, porém, mencionar os efeitos gerados pelo registro imobiliário.

O primeiro dos deles é a publicidade, “em razão do qual toda a pessoa interessada pode ter acesso aos registros imobiliários, com a finalidade de possibilitar o conhecimento da real situação do imóvel” (RIZZARDO, 2004, p.309). O artigo 17 da Lei registral vigente prevê esse efeito no, ao preceituar que “qualquer pessoa poderá requerer certidão do registro, sem informar ao oficial ou ao funcionário o motivo ou interesse do pedido” (BRASIL, 1973).

O segundo efeito é a legalidade do direito do proprietário, “atendendo a que se o oficial efetuou a transcrição ou inscrição, foi porque nenhuma irregularidade extrínseca ou intrínseca lhe ocorreu do exame do título” (PEREIRA, 2009, p. 105).

Outro efeito é a continuidade histórica da propriedade, pois “sempre se mencionará o número da matrícula ou registro anterior”. (PEREIRA, 2009, p.105). Neste sentido, expõe Monteiro que o registro “deve ser contínuo, prendendo-se necessariamente ao anterior, numa sequencia ininterrupta de atos. Não pode haver registro isolado, independente de qualquer outro registro” (2007, p. 102).

A força probante é também um efeito do registro imobiliário, porque este tem fé pública. Uma vez efetuado o registro, presume-se que à pessoa em nome da qual se fez o assento pertence o respectivo real, em conformidade com § 2o do artigo 1.245, anteriormente citado. (DINIZ, 2006, p. 143).

Para Diniz, a retificação ou anulação também é um efeito do registro, porque este não é imutável, podendo ser modificado (arts. 213 e 216 da Lei

6.015/73) ou anulado (art. 1.257, CC) se a verdade dos fatos não estiver em seu teor (2006, p. 143).

De todos elencados, segundo Diniz “o seu efeito básico é o *constitutivo*, pois sem ele o direito de propriedade não nasce” (2006, p. 144, grifo do autor).

Nas outras modalidades de aquisição, o registro não é o requisito essencial para constituir o direito de propriedade, como se verá.

3.7.2 Aquisição por acessão

A acessão se dá quando uma coisa adere à outra. Ao bem principal é incorporado o bem acessório. Pela acessão “passa a pertencer ao dono da coisa principal o que se adere a ela. Obedece-se à geral segundo a qual o acessório segue o principal”. (VENOSA, 2005, p. 204).

Ocorre a acessão imobiliária quando há um acréscimo ao solo de outrem que lhe aumenta o volume da propriedade e seu valor. Para o ordenamento civil brasileiro, a acessão de imobiliária decorre exclusivamente das atividades fluviais (VENOSA, 2005, p. 205).

Também configura a acessão quando o homem faz na coisa benfeitorias que, embora não lhe aumente o volume, aumenta-lhe o valor (RODRIGUES, 2006, p. 97).

A acessão pode ser natural ou artificial. Será natural quando decorrente de causas naturais, que fazem com que a coisa acessória se una à principal sem a interferência da vontade humana. São acessões naturais “a formação de ilhas, a aluvião, a avulsão e o abandono do álveo”. A acessão será artificial, ou industrial, quando for resultado de um trabalho humano. São acessões artificiais ou industriais as construções e plantações. (CHALHUB, 2003, p. 24).

As espécies de acessão estão previstas nos artigos 1.248 e seguintes do Código Civil.

Pode-se destacar, referente à acessão, que quando ela se der por formação de ilhas ou por aluvião, sem que se identifique a propriedade desfalcada

que deu origem aos depósitos naturais, adquirirá a propriedade os donos dos terrenos marginais, na proporção de suas testadas, sem direito à indenização¹.

Quando a ilha se formar pelo desdobramento de um novo braço do rio, pertencerá ao proprietário a custa do qual se formou. No caso da avulsão, quando também se puder identificar o terreno desfalcado, o dono deste terá direito a indenização, somente podendo restituir a parte desfalcada à seu imóvel quando o proprietário acrescido se negar a pagar a indenização.²

Da mesma maneira que as ilhas pertencerão aos proprietários ribeirinhos, na proporção de suas testadas, até a linha que dividir o álveo ao meio, a acessão por álveo abandonado concede a propriedade aos proprietários ribeirinhos até onde seria o álveo do rio.³

O código civil adotou critério para resolver o impasse de forma justa mais justa possível, concedendo a propriedade em proporções iguais aos proprietários ribeirinhos, quando não se puder identificar um terreno desfalcado, e indenizando aquele que for prejudicado quando se identificar o desfalque.

3.7.2.1 Acessão por construções e plantações

O artigo 1.253 do Código Civil estabeleceu que, em um terreno, toda construção existente “presume-se feita pelo proprietário e à sua custa, até que se

¹ Art. 1.249. As ilhas que se formarem em correntes comuns ou particulares pertencem aos proprietários ribeirinhos fronteiros, observadas as regras seguintes: I - as que se formarem no meio do rio consideram-se acréscimos sobrevivendo aos terrenos ribeirinhos fronteiros de ambas as margens, na proporção de suas testadas, até a linha que dividir o álveo em duas partes iguais; II - as que se formarem entre a referida linha e uma das margens consideram-se acréscimos aos terrenos ribeirinhos fronteiros desse mesmo lado.

Art. 1.250. Os acréscimos formados, sucessiva e imperceptivelmente, por depósitos e aterros naturais ao longo das margens das correntes, ou pelo desvio das águas destas, pertencem aos donos dos terrenos marginais, sem indenização (BRASIL, 2003)

² Art. 1.249. [...] III - as que se formarem pelo desdobramento de um novo braço do rio continuam a pertencer aos proprietários dos terrenos à custa dos quais se constituíram.

Art. 1.251. Quando, por força natural violenta, uma porção de terra se destacar de um prédio e se juntar a outro, o dono deste adquirirá a propriedade do acréscimo, se indenizar o dono do primeiro ou, sem indenização, se, em um ano, ninguém houver reclamado.

Parágrafo único. Recusando-se ao pagamento de indenização, o dono do prédio a que se juntou a porção de terra deverá aquiescer a que se remova a parte acrescida.

³ Art. 1.252. O álveo abandonado de corrente pertence aos proprietários ribeirinhos das duas margens, sem que tenham indenização os donos dos terrenos por onde as águas abrirem novo curso, entendendo-se que os prédios marginais se estendem até o meio do álveo (BRASIL, 2003).

prove o contrário” (BRASIL, 2003). Trata-se, pois, de presunção relativa, porque admite prova em contrário.

O Código Civil autorizou a aquisição da propriedade nos casos em que se comprove ter semeado, plantado ou edificado em terreno próprio com plantas ou materiais alheios. Segundo o artigo 1254 deste ordenamento, o proprietário do imóvel adquire a propriedade das sementes, plantas, edificações e materiais alheios, ainda que não tenha agido de boa fé, “mas fica obrigado a pagar-lhes o valor, além de responder por perdas e danos, se agiu de má-fé”. (BRASIL, 2003).

Porém, se semeou, plantou ou edificou em terreno de outrem, segundo o artigo 1.255 do Código Civil, o sujeito perde, “em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização” (BRASIL, 2003).

Há neste contexto um parêntese, pois, se a construção exceder consideravelmente o valor do terreno, dispõe o parágrafo único do disposto supracitado que “aquele que, de boa fé, plantou ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo” (BRASIL, 2003).

Se ambas as partes agiram de má fé, no caso de haver semeado, plantado ou edificado em terreno de outrem, estabelece o artigo 1.256 do Código Civil que “adquirirá o proprietário as sementes, plantas e construções, devendo ressarcir o valor das acessões”. O artigo subsequente prevê que o mesmo “aplica-se ao caso de não pertencerem as sementes, plantas ou materiais a quem de boa-fé os empregou em solo alheio” (BRASIL, 2003).

Há ainda direito de aquisição quando a construção feita em solo próprio invade solo alheio, obedecidas as regras dos artigos 1.258 e 1259 do Código Civil, que disciplinam:

Art. 1.258. Se a construção, feita parcialmente em solo próprio, invade solo alheio em proporção não superior à vigésima parte deste, adquire o construtor de boa-fé a propriedade da parte do solo invadido, se o valor da construção exceder o dessa parte, e responde por indenização que represente, também, o valor da área perdida e a desvalorização da área remanescente.

Parágrafo único. Pagando em décuplo as perdas e danos previstos neste artigo, o construtor de má-fé adquire a propriedade da parte do solo que invadiu, se em proporção à vigésima parte deste e o valor da construção exceder consideravelmente o dessa parte e não se puder demolir a porção invasora sem grave prejuízo para a construção.

Art. 1.259. Se o construtor estiver de boa-fé, e a invasão do solo alheio exceder a vigésima parte deste, adquire a propriedade da parte do solo

invadido, e responde por perdas e danos que abranjam o valor que a invasão acrescer à construção, mais o da área perdida e o da desvalorização da área remanescente; se de má-fé, é obrigado a demolir o que nele construiu, pagando as perdas e danos apurados, que serão devidos em dobro.

De acordo com a leitura dos dispositivos acima transcritos, somente aquele que agiu de boa fé tem direito à aquisição da propriedade alheia quando a construção feita sob a propriedade própria tenha àquela invadido. Pode-se afirmar que agiu acertadamente o legislador, porque se ao proprietário de má fé fosse concedida a propriedade nestes casos, os direitos do proprietário seriam facilmente violados, ensejando a ineficácia dos dispositivos legais que os tutelam.

3.7.3 Aquisição por usucapião

A usucapião é uma modalidade de aquisição que tem como fator principal o exercício da posse sobre o imóvel por certo lapso temporal.

Venosa define a usucapião como “o modo de aquisição da propriedade mediante a posse suficientemente prolongada sob determinadas condições” (2005, p. 216).

Através da usucapião, uma determinada situação de fato, que é o exercício dos direitos inerentes à propriedade pelo possuidor, por certo lapso temporal, transforma-se em uma situação de direito, pois permite ao possuidor obter, por via judicial, declaração capaz de conferir-lhe o domínio (RODRIGUES, 2006, p. 108).

A usucapião é uma modalidade de aquisição originária, pois o direito do possuidor constitui-se por si só, sem relação com o antigo proprietário do imóvel, caso exista.

Para que se declare a usucapião, há necessidade de se observarem a presença de certos essenciais, inerentes à usucapião em todas as suas modalidades.

O primeiro requisito é a coisa hábil, pelo qual a coisa deve ser suscetível de ser usucapida. Logo, não é permitido que seja objeto de usucapião “os bens

públicos, os bens que se encontram fora de comércio e os bens comuns em estado de indivisão” (CHALHUB, 2003, p. 73).

A vedação à usucapião de bens públicos encontra suporte no artigo 2 do Decreto 22.785/93, o qual determinou que “os bens públicos, seja qual for sua natureza, não estão sujeitos à prescrição” (BRASIL, 1993).

O segundo requisito essencial é a posse *ad usucapionem*, ou seja, a posse que deve ser contínua, mansa e pacífica (sem oposição) e com *animus domini*.

Nas palavras de Monteiro (2007, p.124):

A posse *ad usucapionem* deve ser ininterrupta e sem oposição, além de ser exercida com ânimo de dono (*quantum possessum, tantum praescriptum*). Tais requisitos são indispensáveis, cumprindo assim 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.

Contínua é a posse “exercida sem qualquer interrupção, mediante utilização da coisa ou contato regular com ela sem oposição” (CHALHUB, 2003, p. 75). Existindo oposição, portanto, interrompe o prazo da prescrição aquisitiva. A respeito da continuidade, não se pode perder de vista o previsto no artigo 1.243 do Código Civil, segundo o qual:

o possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecessores, acrescentar à sua posse a dos seus antecessores (art. 1.207), contando que todas sejam contínuas, pacíficas e, nos casos do art. 1.242, com justo título e de boa-fé” (BRASIL, 2003).

Diz-se mansa e pacífica a posse “exercida sem contestação de quem tenha o legítimo interesse, ou melhor, do proprietário contra quem se pretende usucapir” (DINIZ, p. 169). É a posse justa, ou seja, aquela que não foi adquirida por atos de violência, clandestinidade, ou precariedade.

A posse com *animus domini* é caracterizada pela intenção de ter a coisa para si. “A pessoa que mantém a posse deve exercê-la em seu nome próprio ou pessoal, com a intenção de dono” (RIZZARDO, 2004, p. 265-266).

Além dos requisitos acima expostos há uma espécie de usucapião em que a lei exige o justo título, sendo que a boa-fé é elemento intrínseco deste.

Para ser habilitado à aquisição mediante usucapião ordinária, segundo Chalhub, é necessário que provar que o justo título, documento necessário para a transferência da propriedade, não produziu efeitos, em decorrência de seu emitente não ser proprietário do bem ou não poder dispor do bem, ou pela transmissão ter-se dado por ato anulável, ou ainda em decorrência de erro no modo de aquisição. Caso

o transmitente não seja proprietário, ou o documento contenha vícios, e o adquirente desconhecer tais fatos, acreditando que está na condição de legítimo proprietário, estará agindo de boa-fé, portanto está legitimado adquirir a propriedade mediante usucapião ordinária (2003 p. 76-77).

Vislumbram-se, ainda, a presença de outros requisitos, próprios de determinadas espécies de usucapião, como se verá a seguir.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê três espécies de usucapião de bens imóveis. São elas: usucapião ordinária, usucapião extraordinária, e usucapião especial

3.7.3.1 Usucapião extraordinária

Caracterizada pela posse de duração mais longa, devendo ser exercida ininterruptamente por 15 anos. Dispensa a existência justo título e boa fé, bastando que a posse seja contínua, mansa e pacífica e com *animus domini*.

3.7.3.2 Usucapião ordinária

É aquela que, além dos requisitos da posse *ad usucapionem* necessita de justo título e boa fé. O prazo da prescrição aquisitiva será de 10 anos, sendo reduzido para 5 anos se o possuidor realizou no imóvel investimentos de interesse social e econômico relevante.

3.7.3.3 Usucapião especial

A usucapião especial pode ser habitacional, *pro labore*, ou coletiva. São modalidades especiais porque preveem, além dos requisitos da posse ad

usucapionem, que o possuidor tenha fixado com sua família a sua moradia, que tenha realizado obras de interesse social e econômico relevante, ou que tenha tornado a terra produtiva.

A usucapião habitacional pode ser extraordinária, quando o possuidor fixa moradia em área urbana ou rural, pelo prazo de 10 anos; pode ser ordinária, quando o possuidor provar que fixou moradia ou realizou investimentos de interesse social e econômico, pelo prazo de 5 anos, sendo necessário provar que o imóvel foi adquirido onerosamente e teve seu registro cancelado e que agiu de boa fé; pode ser ainda habitacional constitucional, quando o possuidor estabelecer residência do imóvel, pelo prazo de 5 anos, em área não superior a 250 metros quadrados, devendo provar que não possui outro imóvel urbano ou rural.

Já a usucapião especial *pro labore* é aquela proclamada quando o possuidor estabeleceu moradia ou tornou o imóvel produtivo através de obras e serviços. É dividida em três subespécies: *pro labore* extraordinária, quando a posse se dá nas condições acima, pelo prazo de 10 anos; ordinária, com prazo reduzido para 5 anos, quando além destes requisitos, deve provar que o imóvel foi adquirido onerosamente, que o título foi cancelado, e que agiu de boa fé ; pode ser ainda *pro labore* constitucional quando, além de provar que o possuidor estabeleceu moradia e tornou a terra produtiva, deve provar que a área ocupada é inferior a 50 hectares, e que não possui outro imóvel urbano ou rural.

Por sua vez, a usucapião especial coletiva é aquela em que um grupo de pessoas ocupa, por 5 anos, para moradia, área urbana com mais de 250 metros quadrados, desde que seja impossível identificar o terreno ocupado por cada um dos possuidores, e que estes não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural. Cada possuidor adquirirá uma fração ideal do terreno, salvo se estabelecerem entre si frações diferenciadas.

3.7.3.4 Procedimento judicial

A usucapião pode ser alegada tanto ativa quanto passivamente.

Será alegada passivamente, segundo Monteiro, “por meio de defesa nas ações possessórias e petitórias” e ativamente quando “o usucapiente recorre a ação

especial, de natureza declaratória, chamada ação de usucapião e regulada pelos arts. 941 a 945 do Código de Processo Civil, com a redação conferida pela Lei n. 8.951, de 13-12-1994” (2007, p. 131-132).

A sentença de usucapião não é constitutiva de direito, porque este já foi constituído pela prescrição aquisitiva. Será então declaratória, sendo considerada “título hábil para registro, oponível erga omnes” (MONTEIRO, 2007, p. 133).

Os efeitos da sentença serão “*ex tunc*, vale dizer, a aquisição da propriedade se considera efetivada no momento em que se inicia a posse” (CHALHUB, 2003, p. 80).

Nota-se, portanto, que a aquisição se dá independente do registro do título, esse é essencial apenas para comprovar a validade e eficácia da propriedade perante terceiros.

3.7.4 Aquisição por sucessão hereditária

É a aquisição que tem por fato principal a morte. O patrimônio deixado pelo falecido sucederá de imediato, não fica sem proprietário em nenhum momento. É o que prevê o artigo 1.784 do Código Civil, ao preceituar que “a herança transmite-se desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” (BRASIL, 2003).

No ordenamento jurídico atual, portanto, com a morte dá-se a abertura da sucessão, transmitindo-se os bens deixados pelo falecido, imediatamente, aos herdeiros legítimos e aos herdeiros testamentários, respeitada, quanto aos primeiros a ordem de vocação hereditária do artigo 1.829 do Código Civil. Essa transmissão imediata acontece ainda que o inventário não tenha sido formalizado, ainda que a partilha não tenha sido registrada no cartório imobiliário. Enquanto não for concluída a partilha, os herdeiros possuirão a totalidade dos bens (VENOSA, 2005, p. 239-240).

O inventário dos bens deixados pelo de cujus identificará e individualizará os bens que caberão a cada herdeiro. Será extraído desse processo um formal de partilha, ou carta de adjudicação, que constituirá o título a ser levado à registro, em nome de cada sucessor, no Registro de Imóveis. (CHALHUB, 2003, p.81).

No entanto, lembra Chalhub que:

não é o registro do formal ou da carta de adjudicação que transfere a propriedade aos herdeiros, pois é o fato da abertura da sucessão que importa na investidura dos herdeiros na titularidade da herança. O registro do formal é necessário, obviamente para preservação dos elos que compõem a cadeia sucessória na propriedade imobiliária, em atenção ao princípio da continuidade do sistema do Registro de Imóveis, pois, do contrário, o herdeiro não poderá alienar o imóvel herdado ou, ainda, não poderá constituir sobre ele nenhum direito real (2003, p. 81).

Assim sendo, embora necessário o registro para que se possam exercer todos os direitos da propriedade, tornando-a oponível erga omnes, é a morte do autor da herança que constitui o direito à aquisição.

3.8 PERDA DA PROPRIEDADE IMÓVEL

A perda da propriedade põe termo aos direitos dela decorrentes. Pode-se perder a propriedade imóvel pela vontade do proprietário, por força maior, ou ainda por interesses extraproprietários, como se verá.

Disciplina o artigo 1.275 do Código Civil:

Além das causas consideradas neste Código, perde-se a propriedade:
I – por alienação; II – pela renúncia; III – por abandono; IV – por perecimento da coisa; V – por desapropriação. Parágrafo único. Nos casos dos incisos I e II, os efeitos da perda da propriedade imóvel serão subordinados ao registro do título transmissivo ou do ato renunciativo no Registro de Imóveis.

Desde logo, nota-se que o rol previsto neste artigo é não é taxativo, como o próprio artigo menciona. Isso porque as modalidades de aquisição da propriedade estudadas implicam também na perda em face de alguém.

A respeito, esclarece Venosa:

a aquisição da propriedade por alguém, nas formas derivadas, equivale à perda da propriedade por outrem. Mesmo nas modalidades originárias, como o usucapião, fenômeno jurídico enfatiza a aquisição da propriedade, que tem no lado oposto do fenômeno a perda eventual por parte do antigo titular (2005, p. 272).

Lembra Monteiro que ainda há outras situações que acarretam a perda da propriedade, como a dissolução da sociedade conjugal em comunhão universal de bens e também a sentença transitada em julgado que determina a transferência da propriedade de um litigante para outro (2007, p. 167-168).

Chalhub cita ainda a arrematação e a adjudicação, “hipóteses de transmissão forçada da propriedade [...]; nessas hipóteses, a coisa é excluída

forçadamente do patrimônio do devedor e incorporada ao patrimônio do arrematante ou do adjudicante” (2003, p. 170).

Neste contexto, é importante ressaltar que não se perde a propriedade pelo não uso. Para Monteiro, “a prescrição extintiva não se aplica ao direito de propriedade, de modo a acarretar-lhe a perda. O não-exercício desse direito, por mais prolongado que seja, não o aniquila, não o extermina” (2007, p. 169).

Não se pode deixar de lembrar-se da modalidade de aquisição/ perda da propriedade tema do presente trabalho, instituída nos §§ 4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil.

Passar-se-á a analisar as principais modalidades.

3.8.1 Alienação

É modalidade de perda da propriedade que se dá por vontade própria do alienante. Pela alienação:

o titular transfere a outra pessoa sua propriedade. Ela pode consumir-se a título gratuito, como a doação, e a título oneroso, como a compra e venda. Pode ainda ser voluntária, como a dação em pagamento, e compulsória, como a arrematação e a desapropriação (MONTEIRO, 2007, p. 169).

A alienação somente se efetiva com o registro do título. Segundo Rodrigues “o negócio jurídico não basta para transferir o domínio, sendo mister que a ele se adicione a formalidade da transcrição do título aquisitivo no Registro Imobiliário” (2006, p. 175).

Deste modo, sem registro do título, não há o que se falar em alienação de bens imóveis.

3.8.2 Renúncia

Pela renúncia se abre mão do direito de adquirir a propriedade. É ato unilateral, que independe de aceitação.

É possível renunciar o direito desde que não prejudique terceiros. Como exemplo, não pode haver renúncia da herança em prejuízo a credores, pois será ineficaz. A renúncia é o abandono do direito de propriedade. Deve ser expressa, com a transcrição do ato renunciativo no Registro de Imóveis, conforme parágrafo único do artigo 1.275 do Código Civil (VENOSA, 2005, p. 273).

A renúncia não caracteriza-se, portanto, pelo simples abandono do bem, mas sim pela demonstração expressa da intenção de não possuir nenhum direito sobre a coisa.

3.8.3 Abandono

Diferentemente da renúncia, para caracterizar o abandono basta simplesmente abrir mão do direito de propriedade, independente de declaração expressa.

Nas palavras de Monteiro, no abandono “o titular apenas larga o que é seu, com intenção de não o ter mais em seu patrimônio (*animus derelinquendi*)” (2007, p. 170).

Segundo o artigo 1.276 do Código Civil, se o imóvel abandonado “não se encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições” (BRASIL, 2003).

Estando o imóvel na posse de outrem, este adquirirá a posse, devendo ser respeitados os prazos da usucapião para aquisição da propriedade. Neste caso, a arrecadação pelo Estado torna-se inviável. No entanto, se aberto o processo de arrecadação no prazo estipulado pela lei, é cabível ao proprietário reivindicá-lo. Cabe lembrar que o abandono não possui eficácia *erga omnes*, porque não figura no registro imobiliário, e, para terceiros, o proprietário é quem registrou o imóvel. (VENOSA, 2005, p. 276).

A arrecadação promovida quando ninguém encontra-se na posse do bem, é importante para assegurar que nenhuma propriedade fique sem dono.

3.8.4 Perecimento do objeto

A perda da propriedade pelo perecimento do objeto se dá quando este se extingue. Sabendo que não se constitui direito sem objeto, cessa o direito de propriedade pelo perecimento do bem.

O perecimento, conforme aduz Monteiro, “decorre de ato involuntário do proprietário, se proveniente de fato natural (raio, incêndio, etc.) ou de ato voluntário (destruição)” (2007, p. 171).

Não há conceito de perecimento previsto na legislação civil atual, mas é comum identifica-lo quando o objeto perde suas características essenciais ou valor econômico, ou quando se confunde com outro, sem que possa identifica-lo, hipóteses previstas no Código Civil de 1916.

3.8.5 Desapropriação

A Constituição pátria reconhece a desapropriação como exceção ao direito de propriedade ao estabelecer, em seu artigo 153, § 22, que “é assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social [...]” (BRASIL, 1988).

Ocorre a desapropriação quando o imóvel é retirado da esfera particular, mediante ato de impositivo do Poder Público, sendo incorporado ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos municípios, ou da coletividade quando necessário para atender a interesses de cunho social. É uma modalidade especial de perda da propriedade, porque não é regulada pelo direito civil, mas sim pelo direito administrativo. Tem como fundamento principal a supremacia do interesse público sobre o interesse particular, princípio que rege a administração pública.

O fundamento da desapropriação, segundo Rizzardo é o atendimento, pelo Estado, “de prioridades públicas e sociais, cuja importância sobrepuja o direito do particular” (2004, p. 393).

A Carta Magna reconhece as modalidades de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, mas não conceitua o que seja cada uma delas.

Venosa diferencia cada uma destas modalidades:

A necessidade pública denota urgência em obras ou atividade do Estado que determinam a pronta transferência do bem privado à Administração; *A utilidade pública* demonstra a conveniência de apropriação do bem, sem que seja urgente ou imprescindível. O *interesse social* é aquele que efetivamente permite ao Estado buscar o sentido social da propriedade, decorre de circunstâncias para melhorar a distribuição e fruição da propriedade privada. Os bens desapropriados por interesse social não se destinam propriamente a órgãos da Administração, mas à coletividade (2005, grifo do autor).

A Constituição prevê a desapropriação do imóvel urbano que não esteja cumprindo sua função social no artigo 182, §§ 3 e 4⁴.

Em seu artigo 184⁵, estabelece a possibilidade de desapropriação do imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social para fins de reforma agrária.

Estabelece a Constituição Federal: “Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária: I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra; II - a propriedade produtiva”. (BRASIL, 1988). Dessa forma garante-se a propriedade que esteja cumprindo sua função social.

Recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o decreto 3.395/41 prevê as modalidades de desapropriação por utilidade pública elencando as hipóteses que a configuram. Da mesma forma, a lei 4.132/62 define os casos de desapropriação por interesse social.

Embora a lei tenha distinguido utilidade pública e interesse social, Venosa acredita que todas as modalidades existentes “podem ser resumidas no conceito de utilidade pública” (2005, p. 279).

⁴ 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. [...] § 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro. § 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento sob pena, sucessivamente, de: [...] III - desapropriação com pagamento mediante títulos 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.

⁵ Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

Poderão promover a desapropriação:

a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e os Territórios (Dec.-lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, art. 2o), bem como os concessionários do serviço público ou outros estabelecimentos que exerçam funções delegadas do Poder Público. Nestes dois últimos casos, mister se faz autorização expressa, constante de lei ou contrato (art.3o) (RODRIGUES, p. 179).

Verificando ser o imóvel ser suscetível de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, o poder expropriante irá declarar essa circunstância através de decreto. Este decreto é requisito indispensável para promover a desapropriação, gerando como efeito a possibilidade de iniciar o processo expropriatório. A partir da abertura do processo expropriatório, o expropriante é autorizado a adentrar no imóvel compreendido na declaração. Publicado o decreto, o expropriante pode ainda depositar a quantia dita adequada para obter imissão na posse, se alegar urgência. Além disso, com o decreto começa a contar o prazo de cinco anos que tem a desapropriação para se efetuar amigavelmente, o que ocorre quando as partes entram em acordo sobre o valor da indenização. Caso não ocorra desapropriação amigável, o expropriante deverá intentar ação judicial (RODRIGUES, 2006, p. 180-182).

Por se tratar de ato compulsório, não cabe ao proprietário reivindicar o bem, assim a desapropriação resolve-se sempre em perdas em danos. A indenização é, portanto, imprescindível, sem a qual a desapropriação não se configura. A indenização deverá compreender, em qualquer caso:

o valor efetivo do bem expropriado, tendo em vista, além de outras circunstâncias, o preço de aquisição e interesse auferido pelo proprietário; situação do imóvel e seu estado de conservação e segurança; valor venal dos da mesma espécie no últimos cinco anos; valorização ou depreciação da área remanescente (Decreto-Lei no 3.365, de 1941, art. 27) (PEREIRA, 2009, p. 205).

Na inicial da ação intentada caso não haja acordo com relação à indenização, o expropriante oferecerá o valor que propõe a pagar. O expropriado pode aceitar ou contestar o valor, e ainda alegar vício de processo, limitando-se a isso. Se o réu contestar, o juiz fixará a indenização levando em consideração os critérios que a indenização deverá compreender em qualquer caso, além de outros que entender necessários. (RODRIGUES, p. 183-184).

3.8.6 A modalidade prevista nos §§ 4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil

Diferente de todas as outras modalidades de aquisição e perda da propriedade que já se conhecia nas Constituições anteriores, bem como no Código Civil de 1916, essa é uma novidade no ordenamento jurídico, instituída pelo Código Civil de 2002, artigo 1.228, §§ 4º e 5º nos seguintes termos:

§ 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.

É um instituto que visa conferir a propriedade a quem, por meio da posse qualificada pelo trabalho, realiza obras e serviços de interesse social e econômico relevante. O juiz tem um grande papel, pois será o responsável por averiguar a incidência de todos os fatores que, somados, autorizam declarar a perda da propriedade em face dos possuidores.

Pela leitura do artigo é possível se deparar com a incidência de vários aspectos relevantes. É o que se pretende demonstrar no capítulo a seguir.

4. ASPECTOS DESTACADOS DA MODALIDADE DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL PREVISTA NOS §§ 4º E 5º DO ARTIGO 1228 DO CÓDIGO CIVIL

O Código Civil, como anteriormente exposto, regula a propriedade ao reconhecê-la como um direito que confere ao proprietário o direito de usar gozar e dispor, além do direito de reaver de quem quer que injustamente possua ou detenha o bem. Como não poderia ser diferente, regendo-se pela Constituição, estabelece que a propriedade deverá atender à suas finalidades econômicas e sociais. Não bastando reconhecer a função social, trabalho já efetuado pela Constituição, buscou inserir normas com o fim de tornar efetivo esse preceito. Com este fim, criou uma modalidade de aquisição da propriedade até então não conhecida no ordenamento jurídico brasileiro. Esse instituto é inserido no artigo 1.228 do Código Civil, em seus §§ 4º e 5º, logo após reconhecer o direito de propriedade e sua função social, *in verbis*:

Art. 1.228. 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** (BRASIL, 2002, grifo nosso).

O referido instituto versa, como se expos anteriormente, sobre uma forma de perda e aquisição de propriedade simultânea, pois, preenchendo os requisitos da norma, os possuidores adquirirão a propriedade, cessando os direitos daquele que até então era o legítimo proprietário.

Parte da doutrina reconhece essa previsão legal como uma inovação benéfica, por ser um mecanismo de efetivação do preceito constitucional da função social da propriedade.

Nestes termos, Reale reconhece esta previsão legal como “uma inovação de 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” (apud CASSETTARI, 2008, p.106).

Na percepção de Martins-Costa e Branco, essa inovação “é digna de nota por variados motivos, entre eles a sua oportunidade, num país como o Brasil, onde o problema fundiário permanece intocado e irresoluto através dos séculos” (apud CASSETTARI, 2008, p.107).

Nesse mesmo sentido, Passos e Barroso:

A novidade é impar no direito brasileiro. Salta-se os olhos que o legislador pretendeu solucionar os conflitos entre os sem-tetos na zona urbana, e os sem-terra, na zona rural, naquelas situações em que os participantes desses movimentos sociais invadem lotes urbanos ou glebas de terras rurais, e se instalam definitivamente, construindo benfeitorias e serviços consideráveis social e economicamente.

Fazendo o uso das palavras de Diniz (2006, p.980), entende-se que:

tal inovação tem por base a socialização da posse, a função social da posse e da propriedade e a justiça social. Atende-se à função social representada pela moradia, pelo trabalho produtivo e investimento. É uma proteção específica à posse qualificada com o escopo de valorizar a função social da propriedade, acatando o princípio da socialidade.

Não obstante a intenção do legislador de criar uma solução para o problema do acesso às terras, pelo devido exercício da função social, essa nova inserção legal tem gerado certa polêmica. Isso se deve pela imprecisão do conteúdo da norma, que não cuidou de definir a natureza dessa aquisição/perda da propriedade, nem definiu parâmetros para estabelecer o que deve ser entendido por “extensa área”, “considerável número de pessoas”, ou por obras e serviços de “interesse social e econômico relevante”.

Interessa, para o estudo proposto, analisar os dispositivos legais em questão para que, compreendendo os pontos convergentes e divergentes, se possa detectar se o instituto é passível de ser aplicado de forma que priorize a função social sem violar o direito de propriedade.

4.1 A BUSCA PELA DEFINIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA

Definir a natureza do instituto previsto nos §§ 4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil tem sido tarefa árdua. Pereira afirma que a doutrina tem “se agitado” para descobrir sua natureza jurídica (2009, p. 80)

Pode-se afirmar que essa dificuldade se explica, com exposto acima, pelo silêncio dos referidos dispositivos, que não cuidaram de nomear essa modalidade de perda e aquisição da propriedade. Isso fez com que os estudiosos buscassem a definição a partir do conteúdo da norma.

A partir da análise minuciosa do §4º do artigo 1228 do Código Civil, pode-se notar a existência de relevante semelhança entre este e o instituto da usucapião rural prevista no artigo 191 da Constituição Federal, que preceitua:

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

Através da leitura deste artigo, torna-se possível elencar os requisitos em comum entre estes dois institutos, que são: 1) posse por prazo ininterrupto de cinco anos; 2) posse exercendo a função social da propriedade, no §4º determinada pela execução de obras e serviços de interesse social e econômico relevante, e no artigo 191 exteriorizada através do trabalho produtivo ou pela moradia.

Também lembra em muito a usucapião urbana coletiva, prevista no artigo 10 da Lei 10.257/01, o Estatuto das Cidades, assim dispondo:

Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural (BRASIL, 2001).

Os requisitos em comum com o novo instituto previsto no Código Civil são: 1) posse ininterrupta por cinco anos; 2) desempenho da função social, na usucapião urbana definida como o estabelecimento da moradia, enquanto nos §§ 4º e 5º é representada pela realização de obras ou serviços de interesse social e econômico relevante; 4) considerável número de pessoas, o que faz com que a usucapião do Estatuto das Cidades seja o instituto mais aproximado da modalidade de aquisição ora em estudo.

Até aqui poderia se dizer que o instituto inominado configura uma usucapião, pois ambos apresentam a mesma intenção, qual seja, conceder a propriedade àquele que durante certo período ininterrupto teve a posse do imóvel exercendo atividades cumpridoras que caracterizam o cumprimento da função social da propriedade.

No entanto, há de se observar que o §5º apresenta a mesma proposta da desapropriação, em todas as suas modalidades, que é o pagamento da indenização prévia. A Constituição prevê em vários artigos:

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

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. § 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas **com prévia e justa indenização** em dinheiro.

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, **mediante prévia e justa indenização** em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei (BRASIL, 2003, grifo nosso).

Pode-se vislumbrar, portanto, que tanto no instituto em estudo, quanto na desapropriação constitucional, o proprietário não possuidor somente perderá seu imóvel mediante o recebimento de justa e prévia indenização. Nota-se que o direito a indenização quando houver desapropriação é, inclusive, um direito individual, posto que inserido no artigo 5º da Carta Magna.

Há de ser observado, contudo, uma característica marcante que diferencia os dois institutos: ao passo que o §5º delega ao juiz a competência para determinar o pagamento da indenização, a desapropriação é promovida exclusivamente pelo Poder Público, em um ato impositivo, como visto no capítulo anterior.

Ante todo o exposto, facilmente se compreende o porquê das divergências entre os doutrinadores ao definir o instituto do §§4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil, visto que são marcantes as características da usucapião e da desapropriação, mais precisamente, os elementos que constituem o direito aquisitivo daquela e o direito à indenização desta.

A partir da consulta à doutrina, encontram-se diferentes orientações que buscam definir a natureza jurídica do novel instituto, as quais passarão a ser vistas a seguir.

4.1.1 Teoria da usucapião

Aqueles que preferem chamar essa modalidade de aquisição e perda de propriedade de usucapião fazem uma associação com a usucapião especial urbana, prevista no artigo 10, da lei 10.257/01, pelas semelhanças acima expostas.

Nesta linha de raciocínio segue Cambi (*apud* GAGLIANO, 2006) que, ao definir o instituto como uma modalidade de usucapião coletivo, salienta que a única diferença quanto à previsão do artigo supracitado está no tamanho, por extrapolar os 250 metros, e na extensão aos imóveis rurais, não previstos no estatuto da cidade, indo, portanto, além do que já havia sido previsto.

Deste entendimento, também comunga Gagliano (2006):

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

Tem-se ainda o entendimento de Zavascki (2002, p. 849):

Pelos seus requisitos, (“posse ininterrupta e de boa fé, por mais de cinco anos”) assemelha-se a usucapião, com a única diferença de que, para adquirir a propriedade, os possuidores-usucapientes ficam sujeitos a pagar um preço. Ou seja, é espécie de usucapião onerosa.

Aqueles que rejeitam esse entendimento, afirmam que, em virtude do instituto em estudo prever uma indenização, tal modalidade não se amolda no usucapião coletivo, posto que este “é uma forma de aquisição de propriedade gratuita, não ensejando ônus ao seu adquirente ou a qualquer outra pessoa” (BARBOSA e PAMPLONA FILHO, 2010).

Reforça essa afirmativa Cassettari (2008, p.109), ao lembrar que “desde o tempo de *Labeão*, um dos maiores doutrinadores no assunto do Direito Romano, até os dias de hoje, em nenhum momento se viu uma modalidade de usucapião indenizável”.

Interessante observação faz ainda Loureiro, ao afirmar que o instituto criado pelos §§ 4º 5º não é usucapião, porque esta, como modo de aquisição originária da propriedade, é reconhecida por sentença como um direito preexistente, que não permite o pagamento de indenização, pois “ninguém paga por imóvel que já é seu” (2007, p. 52).

Tendo em vista, portanto, a necessidade de indenizar titular do imóvel, parte da crítica da teoria da usucapião aderiu à teoria da desapropriação.

4.1.2 Teoria da desapropriação

Aqueles que acreditam que o instituto inominado configura a desapropriação utilizam-se de vários argumentos para justificar esse entendimento. Há quem entenda que se trata de desapropriação propriamente dita, para outros, é uma nova modalidade, diferente daquela prevista na Constituição.

Um dos argumentos utilizados diz respeito ao contexto organizacional do Código Civil em que está inserido o artigo 1228, bem como o seu § 4º, o qual se subentende tratar-se de desapropriação, pela referência que faz ao parágrafo anterior.

Adepto a esse raciocínio, Ribeiro (2002), trata-se a seguinte explanação:

Se a intenção do legislador foi a de tratar a posse *pro labore* como usucapião, certamente não é essa a intenção que se extrai da lei, o que deve prevalecer e ser prestigiado, pois a lei tem vida própria e irrompe as raízes e vontades de seu criador. Basta observar-se que: a) topograficamente, o usucapião vem tratado em capítulo anterior ao do artigo 1.228; b) no § 3º do artigo 1.228, refere-se o novo Código Civil à privação da coisa "nos casos de desapropriação" pelo Poder Público e, no § 4º (objeto do presente estudo), menciona que "também pode ser privado da coisa", agora pelo particular, donde evidenciar-se o mesmo tratamento; c) no § 5º, menciona a lei que, "no caso do parágrafo anterior, o juiz fixará justa indenização" o que, sabidamente, refere-se à desapropriação pois só nessa há expropriação mediante pagamento do preço.

No mesmo sentido, se dá o raciocínio do professor Brito (2008, p.126):

Primeiro, é importante se diga que, embora o § 4º não faça nenhuma menção à desapropriação, afirma-se que há referência à desapropriação porque diz, dando seguimento ao § 3º o: "o proprietário também pode ser privado da coisa". Ou seja, o titular do direito de propriedade vai ser privado da coisa pela desapropriação prevista no § 3 [...] e também no § 4.

Para os autores que acreditam tratar-se uma modalidade nova de desapropriação, a diferença substancial quanto à desapropriação constitucional é o fato de que esta é uma modalidade de perda de propriedade exclusivamente "imposta pelo Poder Público, para alguma das finalidades que a lei prevê" (RIZZARDO, 2004, p. 391), enquanto a nova modalidade é imposta pelo poder Judiciário, por intermédio do magistrado.

Conforme disserta Reale, “surge uma nova via de desapropriação, instituto que não deve ser entendido como prerrogativa exclusiva dos Poderes Executivo ou Legislativo” (*apud* CASTRO, 2003).

Em decorrência disso, vários autores passaram a denominar este novo instituto de desapropriação judicial.

Adere a tal denominação Venosa, ao dizer que “o atual Código Civil criou uma modalidade absolutamente excêntrica de desapropriação judicial no art. 1.228, § 4º, cujos princípios em muito se afastam da desapropriação tradicional” (2005, p.249).

Também atende a essa terminologia Cassettari, ao dizer que, “em face da possibilidade atribuída por lei ao Judiciário de desapropriar, [...] o referido instituto deve ser chamado de *Desapropriação Judicial*” (2008, p.109, grifo do autor).

Cita-se ainda Nery Junior e Nery, os quais, ao comentarem sobre o § 4º do artigo 1.228, informam que “a norma cria a desapropriação judicial” (2003, p. 592).

A teoria é também recepcionada por Diniz, ao expor que “o *desideratum* do novel Código Civil parece ter sido a configuração de uma *desapropriação judicial* pela posse qualificada” (2006, p. 202, grifo do autor).

Enfim, parece ser o termo adotado pela doutrina majoritária. Embora assim seja, o termo desapropriação judicial não deve ser o mais apropriado, porque dá a entender que seriam realizados pelo poder judiciário todos os atos expropriatórios, o que não acontece de fato. Nestes termos, correta parece ser a colocação de Barbosa e Pamplona Filho:

Não há a menor dúvida, ante a própria literalidade do dispositivo, que o reconhecimento do instituto se dá pela via judicial, uma vez que a determinação de sua ocorrência e a fixação da indenização fica a cargo do Poder Judiciário. Todavia, questionamos a adequação do *nomen juris* mencionado, tendo em vista que dá a entender que o juiz seria o agente que determinaria não somente a desapropriação e fixaria a indenização, mas também realizaria, através do próprio Poder Judiciário, o pagamento da justa indenização. Tal assertiva não encontra guarida na legislação especial que regulamenta as desapropriações. [...] Não parece ser adequada, portanto, a expressão “desapropriação judicial”, porquanto não seja possível que o Poder Judiciário tenha o direito ou a prerrogativa da ação. Ora, se não pode iniciar os procedimentos ou efetuar os pagamentos, ao Poder Judiciário restará, como de fato sempre lhe incumbiu, julgar os pedidos de desapropriação, avaliando as indenizações, seus respectivos pagamentos e os demais requisitos legais pertinentes à questão (2004).

Pelo exposto, pode-se concluir que há argumentos sólidos para caracterizar tanto a usucapião, quanto a desapropriação. Ao mesmo tempo, há

explicações lógicas que excluem tanto uma opção quanto outra. Levando em consideração essa última percepção, deve-se abrir vistas para outra tentativa de definir a natureza jurídica dos §§ 4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil.

4.1.3 Teoria do contra-direito processual

Por esta teoria, não se trata nem de desapropriação, nem de usucapião, mas sim de uma conversão da prestação devida em perdas e danos, que se dá por via processual quando o proprietário reivindica o bem.

Barbosa e Pamplona Filho explicam que essa teoria foi encabeçada por Fredie Didier, tendo os seguintes fundamentos:

A concepção de que tal instituto seria um "contra-direito" está justamente no fato de que tal aquisição se daria compulsoriamente, sem direito à recusa pelo proprietário, o que é uma característica de um direito potestativo, mas somente seria exercitável no caso da ação reivindicatória, ou seja, justamente quando o proprietário se vale também de um direito subjetivo, em face dos possuidores diretos do bem (2004).

Implicitamente, Zavascki adere a essa teoria, admitindo que ao juiz não se faculta desapropriar o bem, mas converter a prestação devida em perdas e danos, ou seja, de obrigação certa passa a ser alternativa, com o pagamento da indenização. Lembra ainda o autor, que o sistema processual prevê outras hipóteses dessa natureza, como a obrigação de entregar coisa certa e de fazer (2002, p. 853-854).

Essa teoria, embora muito convincente, vêm a cair por terra se estiver correta a afirmação de que não será apenas por meio de ação reivindicatória que o poderá ser exercitado o direito à aquisição prevista pelo instituto em apreço. Sobre essa afirmação será tratado a seguir.

Com isso, percebe-se que nenhuma das teorias parece fazer correspondência exata com a nova modalidade de aquisição da propriedade em estudo.

4.2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS. CONCEITOS INDETERMINADOS

Já foi afirmado anteriormente que os elementos que constituem a modalidade de perda e aquisição da propriedade instituída pelos §§ 4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil são formados, em sua maioria, por conceitos indeterminados.

Pereira mostra quais são as cláusulas gerais:

[...] o texto legal padece de uso excessivo de conceitos indeterminados, porque confere ao juiz o poder arbitrário de subjetivamente determinar o que considera “extensa área”, o que qualifica como “considerável número de pessoas” e ainda qual o conceito de “obras e serviços de interesse social e econômico relevante”. Na sequência, o parágrafo quinto atribui ao juiz o poder de fixar a indenização. Mas não menciona qual o sujeito passivo da obrigação indenizatória (2009, p. 80).

A leitura do §4º “leva à conclusão de que seguiu o legislador típica tendência de direito contemporâneo, utilizando-se de conceitos abertos para permitir ao juiz usar de pensamento tópico, de solução do caso concreto” (LOUREIRO, 2007, p. 1052).

Com isso, resta analisar os elementos constitutivos, conferindo especial atenção às cláusulas abertas, para detectar de que forma o instituto poderá ser aplicado.

4.2.1 Imóvel reivindicado

Primeiramente, cabe tratar do imóvel reivindicado, que será o objeto desta modalidade de aquisição da propriedade, ou seja, o imóvel que está sujeito às regras estabelecidas pelos dois últimos parágrafos do artigo 1.228 do Código Civil.

O texto do § 4º do artigo 1.228 do Código Civil, ao utilizar a expressão imóvel reivindicado, instigou a doutrina a se manifestar no sentido de que se exercita o direito ali previsto mediante resposta em ação reivindicatória, intentada por aquele que possui a titularidade do imóvel, no exercício do direito de seqüela.

É esta a opinião de Venosa, ao afirmar que “pela dicção legal, nota-se que a perda da propriedade se dá justamente quando seu proprietário a reivindica. [...] a possibilidade dessa perda, portanto, só pode ocorrer no curso de ação reivindicatória, isto é, pedido de restituição da coisa” (2005, p. 177).

Com base nesse entendimento foi aprovado pela Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal o

enunciado n. 84, afirmando que “a defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (§§ 4 e 5 do art.1.228 do Novo Código Civil) deve ser argüida pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização”. (AGUIAR, 2007, p. 26)

Há de se observar, contudo, que os dispositivos em estudo não proíbem que por outras ações busquem os ocupantes o direito de se tornarem legítimos proprietários do imóvel.

Com efeito, esclarece Zavascki (2002, p. 852):

o conflito de interesses poderá surgir não apenas no âmbito de ações reivindicatórias, como suposto no dispositivo, mas também em interditos possessórios, não sendo plausível negar-se, nessas situações, a utilização, pelos possuidores demandados, das prerrogativas asseguradas pelo instrumento agora proposto.

Da mesma opinião compartilha Loureiro, fazendo a seguinte observação:

[...] nada impede que o direito seja exercido mediante ação e não como defesa. Em outras palavras, a inércia do proprietário não tem o condão de evitar que os possuidores se antecipem ao ajuizamento da ação reivindicatória e postulem a alienação compulsória do imóvel possuído. Basta lembrar que a inação do proprietário pode configurar abuso de direito, corrigível, no caso em exame, pela iniciativa dos possuidores de adquirir compulsoriamente o imóvel a que deram função social (2007, p.1051)

Louvável a opinião do autor supracitado, pois não parece que a intenção da norma fosse dificultar o acesso às terras como aconteceria no caso do proprietário não exercer seu direito de reaver. O que se pode extrair dessa afirmação, é que o termo “imóvel reivindicado” deve ser interpretado de maneira genérica. Dessa forma, deve ser compreendido que os possuidores ao demandarem pelo bem, estariam reivindicando.

Superado esse ponto, atenta-se ainda para a seguinte problemática: aplica-se a regra do dispositivo em discussão apenas quando os imóveis forem particulares, ou pode ser aplicada quando o imóvel sobre o qual se estabelece o litígio é público?

Essa dúvida talvez não sobreviesse se a natureza do instituto fosse definida. Isso porque se estivesse cuidando de uma modalidade de usucapião, desde logo se descartaria a aplicação do §§ 4º e 5º do artigo 1.228, posto que é vedada a usucapião de bens públicos, conforme o disposto nos artigos 183, §3º e 191 da Constituição Federal.

Esta questão tornou-se objeto de discussão na mesma Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

Na ocasião foi aprovado o enunciado n. 83, cujo texto estabeleceu que “nas ações reivindicatórias propostas pelo Poder Público, não são aplicáveis as disposições constantes dos §§ 4 e 5 do art.1.228 do Novo Código Civil” (AGUIAR, 2007, p. 26).

Com isso, ficou então determinado que somente onde houver litígio entre particulares incidirão as regras dos dispositivos em estudo. Ao que parece, buscou-se aplicar às mesmas regras da usucapião.

Zebulum entendeu estar equivocada a aprovação deste enunciado, trazendo a seguinte argumentação:

Em que pese seja vedada a usucapião de imóveis públicos (arts. 183, § 3 e 191, § único, CF; Súmula n. 340 do STF e artigo 102 do Código Civil), o instituto em destaque não se confunde com a usucapião. Deve ser lembrado que a expropriação privada tem como finalidade preservar o cânone constitucional da função social da propriedade (art. 5, inciso XXIII, CF), princípio que deve prevalecer ainda quando violado pelo próprio Poder Público, que deve zelar pelo cumprimento das normas que estabelece.

Considerável a opinião do autor, pois se o imóvel público não estiver cumprindo com sua função social, não haveria porque impedir que aqueles que realizaram obras e serviços de interesse social e econômico relevante.

Este ponto, embora tenha sido objeto de enunciado, pode demorar a ser solucionado, sobretudo porque ainda não há jurisprudência neste sentido. Enquanto não se definir a natureza jurídica do instituto a discussão tende a continuar.

4.2.2 Posse ininterrupta por mais de cinco anos

Este requisito parece ser o único dentre os que viabilizam a “desapropriação judicial” em que a análise é objetiva, porque estabelece o lapso temporal da prescrição aquisitiva, determinando que não poderá haver interrupção para o cômputo do prazo. Assim sendo, o magistrado não poderá, quanto a este requisito se valer da discricionariedade, deve contar com a prova concreta de que os possuidores permaneceram em determinado imóvel por mais de cinco anos.

Quando se fala em posse ininterrupta não se quer dizer que os possuidores devem exercer o poder físico sobre o bem durante todo o tempo da prescrição aquisitiva, pois a posse no direito brasileiro é caracterizada por uma relação fática, que evidencia o exercício de algum dos poderes inerentes à

propriedade pelos possuidores. O artigo 1.196 do atual Código Civil preceitua que “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade” (BRASIL, 2003).

Neste contexto, corrobora Pereira (2009, p. 17), para quem a posse não exige o poder físico sobre a coisa, sendo, portanto, a “relação de fato entre a pessoa e a coisa, tendo em vista a utilização econômica desta. É a exteriorização da conduta de quem procede como normalmente age o dono. É a visibilidade do domínio (Código Civil, art., 1.196)”.

Assim, pode-se afirmar que basta para caracterizar a posse ininterrupta o exercício do controle sobre o bem, sem perdê-lo de vista, agindo os possuidores como se proprietários fossem.

4.2.3 Boa-fé

O Código Civil de 2002 estabeleceu em seu artigo 1.201 que “É boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa” (BRASIL, 2003). Trata-se de análise subjetiva, relacionada à consciência do possuidor, que acredita estar na posse legítima.

Neste sentido, afirma Pereira:

Considera-se de má-fé aquele que possui na consciência da ilegitimidade de seu direito. De boa-fé está aquele que tem a convicção de que procede na conformidade das normas. Esta opinião poderá corresponder à realidade, mas é também possível que se origine de um erro, de um fato ou de direito, quanto à legitimidade da posse (2009, p. 24).

Para que a posse seja de boa-fé, portanto, os possuidores devem ignorar ser a posse injusta, quando assim for, pois essa circunstância representa um vício que impede sua aquisição.

O conceito de posse justa foi trazido Código Civil, em seu artigo 1.200, o qual define como justa “a posse que não for violenta, clandestina ou precária” (BRASIL, 2003). Assim, será injusta a posse quando for adquirida por meio de violência física ou psicológica. De acordo com Rizzardo, enquanto a violência física se dá quando o possuidor utiliza-se de meios em que a força venha a impedir a reação do proprietário, a violência moral ou psicológica acontece quando ameaças

intimidam o proprietário, não lhe restando alternativa a não ser abandonar o bem (2004, p. 42). Nos termos do referido dispositivo legal, também será injusta a posse clandestina, isto é, aquela obtida às escuras do proprietário. Segundo Pereira, oculta-se a coisa de quem tem interesse em recupera-la, mas a posse é pública em relação aos demais (2009, p. 22). Por fim, também será injusta a posse precária, cuja caracterização se dá no momento em que o possuidor tinha a obrigação de restituir a coisa e não o fez.

Apesar da posse de boa-fé estar associada à posse justa, com essa não se confunde. Pode o possuidor estar agindo de boa fé, porque não tem conhecimento do vício que possui a coisa, mas o vício existir mesmo assim, sendo a posse injusta. É muito comum que a posse seja eivada de vício, posto que é comum as invasões se darem de forma clandestina.

Assim sendo, com a interpretação literal do requisito da boa fé, em sede de aplicação dos §§ 4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil, caso exista vício, mas os possuidores venham a desconhecer, estará autorizada a aquisição da propriedade.

Se o legislador tivesse estabelecido no texto legal que a posse, além de ser de boa fé, tivesse de ser também justa, teria agido acertadamente, porque concederia aos possuidores o direito de tornarem-se proprietários do imóvel no caso de o proprietário não ter se oposto à posse durante o lapso temporal de cinco anos. Neste caso, o proprietário teria a oportunidade de reivindicar se existisse um vício, ainda que fosse desconhecido pelos possuidores. Somente no caso de o proprietário não exercer o direito de reaver o bem no prazo de cinco anos, os poderes inerentes à propriedade passariam então para a titularidade daqueles que efetivamente deram a função social à propriedade.

Neste sentido, corrobora Ribeiro:

Queremos crer, por isso, que a boa-fé veiculada no § 4º do artigo 1.228 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 (2003).

Pela aplicação literal do dispositivo supramencionado, é possível que o proprietário que esteja cumprindo a função social da propriedade seja privado do seu imóvel, pois se a posse não exige oposição, o proprietário poderia estar no exercício de seus poderes sobre o bem, dando a destinação adequada a propriedade, embora isso não seja visualizado na consciência dos ocupantes.

Por este motivo, a interpretação literal do conceito de boa fé pode gerar a violação do direito de propriedade.

4.2.4 Considerável número de pessoas

Para que se possa adquirir a propriedade com base na nova modalidade de aquisição instituída pelos parágrafos §§ 4º e 5º do Código Civil, é necessário que a posse ininterrupta e de boa fé seja exercida por “considerável número de pessoas”, não compreendendo nessa expressão o que considera como número mínimo, tampouco número máximo de ocupantes. Dessa forma, o texto legal concede ao juiz ampla margem de discricionariedade para julgar o que entende por número considerável.

Neste sentido, concordando Barbosa e Pamplona Filho:

"Considerável número de pessoas", por sua vez, é uma expressão imprecisa demais. Fixar um número mínimo, embora razoável quando se quer buscar segurança em relações jurídicas, soaria leviano no caso concreto, pois o importante é perceber que haja uma pluralidade de indivíduos utilizando o bem imóvel, como se seu fosse (2004).

Segundo Castro, ao que parece o legislador pretendeu ao criar a norma foi transcender o interesse individual, referindo-se a comunidade “e não a um interesse homogêneo limitado a uma entidade familiar”, por isso acredita que “uma única família, por mais numerosa que seja, não pode preencher o conteúdo jurídico indicado” (2003).

Por outro lado, não se pode deixar de considerar a relevância da suposição de Zavascki (2002, p. 862-863):

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

Levando em consideração a suposição acima, o magistrado não deve considerar apenas o número de pessoas com critério isolado, mas deve fazê-lo em relação a área do imóvel efetivamente ocupada para a realização das obras e serviços de interesse econômico e social relevante. O que é considerável em certo número em um imóvel, em outro não é. Duas famílias, de 5 pessoas cada, pode ser um número considerável para simplesmente estabelecer a moradia um imóvel urbano de 250m², mas este mesmo número poderá ser insuficiente em relação há um imóvel rural de 50 hectares, caso ali apenas fixem suas moradias. Entretanto, o mesmo imóvel rural pode ser o suficiente para as mesmas 10 pessoas, se toda essa extensão territorial for necessária para a realização de obras e serviços de interesse social e econômico relevante.

Neste caso, ainda que exercida por uma única família, ou um pequeno grupo de pessoas trazer benefícios que atinjam a sociedade, o número terá sido considerável, pois vai de encontro com os fundamentos da função social da propriedade.

Essa é uma questão que demanda muita cautela ao analisar cada caso concreto, sob pena de tornar ineficaz a norma, caso o juiz se apegue a critérios subjetivos para classificar o que entende por número considerável, sem levar em conta a intenção da norma, dentro do contexto do direito de propriedade atual.

4.2.5 Extensa área

O legislador deixou a critério do juiz a prerrogativa de definir também o que entende por extensa área, pois, sem dúvidas, tal expressão é insuficiente para definir as dimensões do imóvel que poderá ser adquirido pelos possuidores em sede da aplicação dos parágrafos 4 e 5 do artigo 1.228 do Código Civil.

Para que se possa mensurar a área a ser adquirida, deverão ser analisados conjuntamente vários requisitos, conforme expõe Toledo (2006, p. 113):

A extensão da área a ser desapropriada, segundo cláusula aberta prevista nesse dispositivo legal, deverá pautar-se nas peculiaridades locais e regionais de cada caso concreto, na espécie de atividade desenvolvida pelos possuidores, bem como na análise do contexto da situação do imóvel em relação aos prédios semelhantemente situados na mesma.

Há quem acredite que extensa área será, no mínimo, aquela imediatamente superior ao limite máximo exigido pela usucapião especial constitucional, que possui requisitos muito semelhantes à nova modalidade de aquisição da propriedade criada pelo Código Civil.

Adepto a essa teoria, Ribeiro sustenta que o texto constitucional sugere que a “extensa área” deverá ser o equivalente à no mínimo 250m² para cada família se o imóvel for urbano, ou no mínimo 50 hectares, se em zona rural (2003).

Porém, procurar delimitar a área poderá fugir da finalidade da lei. Se o legislador optou por deixar a norma em aberto, é porque não quis encontrar padrões pré-estabelecidos que restringissem a aplicação da norma. Assim, parece mais acertada a opinião de Toledo, na qual o juiz atentando-se as costumes e à espécie da atividade desenvolvida poderá delimitar a área a ser adquirida.

4.2.6 Realização de Obras e serviços de interesse social e econômico relevante

Esse requisito nada mais é do que a essência dessa nova modalidade de aquisição da propriedade. O que o legislador quis ao estabelecer como critério para a aquisição da propriedade a realização de “obras e serviços de interesse social e econômico relevante” foi priorizar a posse *pro labore*, isto é, a posse baseada no trabalho criador, como meio de alcançar a função social da propriedade. É o que se pode aferir pelas palavras de Reale (2001) ao comentar sobre o Projeto do Novo Código Civil, quando ainda não havia entrado em vigor:

O sentido social é umas das características mais marcantes do projeto, em contraste com o sentido individualista que condicionou o Código Civil ainda em vigor (1916). [...] Em virtude do princípio da sociedade, surgiu também um novo conceito de posse, a posse-trabalho, ou posse “pro labore”, em virtude da qual o prazo de usucapião de um imóvel é reduzido, na hipótese dos possuidores terem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico, conforme o caso. Por outro lado, foi revisto e atualizado o antigo conceito de posse, em consonância com os fins sociais da propriedade.

A expressão “obras e serviços de interesse social e econômico relevante” pode abranger, na concepção de Diniz, a “realização de obras, loteamentos, ou serviços produtivos” ou ainda a “construção de uma residência, de um prédio destinado ao ensino ou ao lazer, ou, até mesmo, de uma empresa”. Segundo a

autora, para qualificar quais obras teriam interesse social e econômico relevante deve-se aferir “as vantagens e proveitos que trarão à coletividade”, averiguando se geram empregos, aumentam a produção agrícola, fornecem moradias, etc. (2006, p. 203).

Da mesma forma entende Viana, para quem:

Não basta ter a posse de extensa área, nem levantar nela obras, ou realizar serviços. O interesse social apresenta-se sempre que o imóvel se preste para o progresso social ou para o desenvolvimento da sociedade, estando o aspecto econômico vinculado à produtividade, à geração de riqueza (*apud* Venosa, 2005, p. 178).

Segundo Castro (2003), para caracterizar as obras e serviços de interesse social e econômico relevante, “deve o Magistrado ter presente o caráter altruístico da medida, a afastar qualquer significado egoístico e, portanto, a visar os interesses de estabilidade social e não individuais dos ocupantes”.

Tudo o que foi exposto parece estar correto. Atendendo a finalidade da norma, o juiz deverá analisar se as obras e serviços realizados são realmente de relevância para o desenvolvimento econômico, e não apenas para atender aos interesses particulares dos ocupantes. Se assim não for, estaria sendo violado o direito de propriedade, pois não estaria atendendo a função social da propriedade.

Outro ponto que merece destaque é o fato do texto do § 4º do artigo 1.228 ter estabelecido a necessidade de realização de obras “e” serviços. Porém se aplicada a norma nestes termos, certamente haveria problemas na sua aplicação. Isso porque nem sempre um serviço vem acompanhado de uma obra, como no caso de plantações, ou uma obra acompanhada de serviços, no caso da moradia.

Deste modo entendem Barbosa e Pamplona Filho, ao dissertar:

O que nos parece relevante destacar, desde logo, é que, dado o sentido social da norma, o requisito deve ser melhor interpretado com a troca do conectivo “e” pelo disjuntivo “ou”, qual seja, entendendo-se como “Obras ou serviços considerados pelo juiz de interesse social ou econômico relevante”, pois o mais importante é demonstrar o bom uso que se está fazendo da propriedade, realizando-se justiça social com a transferência da propriedade pela atuação judicial (2004).

Diante de todo o exposto, pode-se afirmar que, somente analisando cada situação em particular, poderá o juiz convencer-se da relevância social e econômica das obras e serviços realizados.

4.2.7 Pagamento da justa indenização

O pagamento da justa indenização é imprescindível para caracterizar essa nova modalidade de aquisição da propriedade, pois segundo a redação do parágrafo 5 do artigo 1.228 do Código Civil, somente após o pagamento do preço valerá a sentença como título para registro do Imóvel em nome dos possuidores.

Este requisito tem gerado grande polêmica entre os estudiosos. A doutrina se divide ao definir de quem é a competência para o pagamento da indenização, se dos particulares ocupantes do imóvel, ou se do Estado.

Há quem acredite que a incumbência será sempre dos particulares, tendo em vista que o Estado não deve pagar porque não foi parte no processo.

A esse raciocínio adere Loureiro, admitindo que se o Estado não desapropriou não teria sentido que pagasse o preço (2007, p. 1052).

Essa opinião encontra-se consolidada pelo enunciado 84, aprovado na I Jornada de Direito Civil, possuindo a seguinte redação:

A defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (art. 1.228 §§ 4 e 5 do artigo 1228 do Código Civil de 2002) deve ser arguida pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização (AGUIAR, 2007, p. 26).

Há quem acredite, porém, que a indenização deverá ser sempre paga pelo Estado, porque acreditam que o instituto é uma modalidade de desapropriação e, como tal, não admite que os particulares efetuem o pagamento.

Essa é a opinião de Castro (2003), ao afirmar que “a indenização deverá ser provida pelo Estado, não pelos beneficiados, porque o instituto da desapropriação é poder-dever reservado exclusivamente ao Estado. O Magistrado atua como agente do Estado ao determinar a indenização”.

Este também é o entendimento de Barbosa e Pamplona Filho, ao dissertar que “se a hipótese legal é de desapropriação, não temos dúvida de que o responsável final pelo pagamento é a Administração Pública” (2004).

Já Farias e Rosenvald acreditam que o responsável pelo pagamento da indenização pode ser tanto o Estado quanto os particulares. Quando os possuidores tiverem condições econômicas de arcar com o pagamento, este fica a cargo dos mesmos. Neste caso estar-se-ia criando uma espécie de usucapião onerosa. Se os possuidores que ocuparem o imóvel não tiverem condições de pagar o justo preço, a

indenização deverá caber ao Estado. Neste caso, o Poder Público estaria na condição de expropriante e de pagador (2007, p. 45).

A questão novamente foi objeto da Jornada de Direito Civil, de numero IV, que pelo enunciado 308 revogou parcialmente o enunciado 84, por assim dispor:

A justa indenização devida ao proprietário em caso de desapropriação judicial (art. 1.228, § 5º) somente poderá ser suportada pela Administração Pública no contexto das políticas públicas de reforma urbana ou agrária, em se tratando de possuidores de baixa renda e desde que tenha havido intervenção daquela que nos termos da lei processual. Não sendo os possuidores de baixa renda, aplica-se a orientação do Enunciado 84 da I Jornada de Direito Civil. (AGUIAR, 2007, p. 26).

Pela leitura do enunciado supra, percebe-se que ou se está admitindo que o instituto caracteriza uma espécie de desapropriação, ou ao menos se está fazendo analogia, admitindo que o Estado deve efetuar o pagamento da indenização quando caracterizar uma situação de interesse social. Assim, independente de “preconceitos” em relação a natureza jurídica da norma, esta deve buscar atender o seu fim. No contrário, na hipótese dos possuidores não poderem efetuar o pagamento e o Estado não ter o dever de intervir, o proprietário poderia reaver seu bem, destruindo as vidas das pessoas que ali construíram suas moradias, e constituíram uma economia. Certamente, neste caso não estaria proclamando a função social da propriedade, e estaria atingindo a dignidade daquelas pessoas.

4.2.8 Do registro do imóvel em nome dos possuidores

Uma vez paga a indenização, a sentença valerá como título para registro do imóvel em nome dos possuidores, de acordo com o parágrafo 5º do artigo 1.228 do Código Civil. Com o registro, passam os possuidores a serem legítimos proprietários.

No entender de Diniz, será estabelecido um condomínio, no qual cada condômino “terá posse e propriedade sobre área certa e sobre área comum. Isto é assim, porque a “extensa área” ocupada preservará sua unidade, tendo uma só matrícula no registro imobiliário e as obras, levadas a efeito em conjunto ou separadamente, serão tidas como propriedade condominial” (2006, p. 204-205).

Já no entender de Azevedo e Vilaça, cada possuidor terá os limites de sua área definida, e registrará em seu nome a respectiva área individualizada. Neste caso, se algum dos possuidores não efetuar o pagamento, aqueles que o fizerem não serão prejudicados (2003, p. 216).

Essa parece uma questão de difícil solução, pois o 5º do artigo 1.228 do Código Civil se limitou a mencionar que o registro será feito “em nome dos possuidores”, mas não mencionou se será em forma de condomínio ou se haverá uma matrícula para cada imóvel individualizado. Ao que parece, haverá necessidade de regulamentar essa questão.

4.3 O PODER DISCRICIONÁRIO DO JUIZ E A INTERPRETAÇÃO DA NORMA

Diante de tudo o que foi exposto no item acima, constatou-se que no momento da aplicação da norma ao caso concreto o juiz irá se deparar com situações em que deverá utilizar critérios interpretativos para ajustar a aplicação dos §§ 4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil ao caso concreto.

O que se pretendeu evidenciar é que, na falta de um parâmetro hermenêutico estabelecido na própria norma que indique o caminho a ser seguido pelo magistrado, este deverá buscar na interpretação teleológica encontrar a intenção do legislador ao criar a norma, ou seja, deverá atender à finalidade da norma. A interpretação teleológica está positivada no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, nestes termos: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (BRASIL, 1942).

Diniz acredita que este é o caminho a ser seguido, pois a leitura dos artigos 4º E 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro “conduzirá à aplicação do princípio geral de direito da função social da propriedade”.

Zavascki afirma que, em sede de aplicação do Código Civil a interpretação teleológica deve presidir a aplicação dos §§ 4º e 5º do artigo 1228 do Código Civil, “seja para preencher valorativamente os conceitos abertos, seja para acomodar sob seu pálio as possíveis variantes análogas que a realidade vier a apresentar no futuro” (2002, p. 852).

Além da interpretação teleológica, para buscar preencher as cláusulas abertas, o juiz deverá se valer das orientações da Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro, em seu artigo 5º, o qual preceitua que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (BRASIL, 1942).

Com base nisso é possível preencher as cláusulas abertas referentes à “considerável número de pessoas”, “extensa área” e “obras e serviços de interesse social e econômico relevante”, como apresentado.

Inclusive no tocante à indenização, é possível fazer analogia à desapropriação, fazendo com que o Estado integre no polo passivo da relação processual para efetuar o pagamento, quando necessário para que se proclame a função social da propriedade, tal como foi exposto. Farias e Rosenvald entendem que essa analogia é possível, e por isso a norma é constitucional. (2007, p. 43).

Embora se permita essa interpretação, há quem se prenda no rigorismo da norma, e rejeite essa proposta. Assim é o entendimento de Pereira que acredita não ser possível aplicar as regras de desapropriação, sendo a norma inconstitucional porque vislumbra uma modalidade de desapropriação que não está prevista na Constituição, sendo que a matéria referente à desapropriação é necessariamente constitucional (*apud* ZEBULUM, 2006, p. 101)

Já com relação a interpretação do conceito de boa-fé, para que se chegue aos fins da norma, conforme anteriormente exposto, deverá ser feita interpretação extensiva, acreditando que a lei disse menos do que queria, devendo ser acrescentado no momento da interpretação da norma além de ser de boa fé tenha também de ser justa. Se assim não entenderem os julgadores, o direito de propriedade poderá ser violado.

Monteiro, ao reconhecer essa omissão da lei acredita as regras contidas nos §§ 4º e 5º do artigo 1228 do Código Civil são inconstitucionais, porque “abalam o direito de propriedade, incentivando a invasão de glebas urbanas e rurais [...]” (2007, p. 86). Já Nery Junior e Nery sustentam que:

A norma é constitucional porque resolve aparentemente a antinomia entre o direito de o proprietário reivindicar a coisa de quem injustamente a possui e a função social da propriedade, com a manutenção do bem com aquele que lhe deu função social com a posse-trabalho (2003, p. 592).

Assim também entenderam os pioneiros da Jornada de Direito Civil, que aprovaram o enunciado de número 82, com a seguinte redação: “É constitucional a

modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil” (AGUIAR, 2007, p. 26).

Talvez os pioneiros da jornada de direito civil, assim como Nery Junior e Nery não tenham atentado a possibilidade do proprietário do imóvel estar desempenhando a função social, no momento em que seu a posse, o que é claramente possível, pois a lei nada menciona. Mais uma vez, queira-se acreditar na possibilidade da interpretação extensiva.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho demonstrou que o direito de propriedade, desde as primeiras notícias históricas, até os dias atuais, passou por várias transformações. Inicialmente era um direito de cunho individualista, o que significava que o proprietário tinha poderes ilimitados sobre o bem, podendo usar, gozar e dispor da coisa como melhor lhe aprouvesse. Aos poucos, se viu a necessidade de limitar os direitos do proprietário sobre o bem, para equilibrar a economia, reduzir as desigualdades sociais e garantir o bem estar social. No ordenamento jurídico pátrio não foi diferente.

Seguindo a tendência contemporânea, a Constituição Federal de 1988 não deixou de reconhecer o direito de propriedade como um direito individual, mas passou a ser condicionado ao cumprimento de uma função social. Com isso, os poderes do proprietário passaram a ser cada vez mais restringidos.

Vislumbrou-se que o atual Código Civil, à luz da Constituição Federal, não se limitou a reconhecer a função social da propriedade, buscou efetivar este princípio. Para tanto, criou uma nova modalidade de aquisição da propriedade, prevista em seu artigo 1.228, §§ 4º e 5º, prevendo a possibilidade do possuidor ser do seu bem se este consistir em extensa área, na posse de considerável número de pessoas, que durante cinco anos ali tenham permanecido e realizado obras de interesse social e econômico relevante. o proprietário receberá indenização, e após pagar o preço, o imóvel será registrado em nome dos possuidores.

Constatou-se que, embora a novidade tenha sido aclamada por parte da doutrina, por valorizar a posse qualificada pelo trabalho como meio de alcançar a função social da propriedade, têm sido levantados vários pontos controversos em relação aos dispositivos.

O primeiro ponto destacado foi referente a natureza jurídica do instituto. embora tenha sido apresentadas três teorias, optou-se por não se filiar a nenhuma delas, pois embora o novel instituto apresente semelhanças com cada uma delas, não compatibiliza totalmente com nenhuma.

Outro ponto destacado foram as cláusulas abertas, pelas quais optou o legislador ao criar a norma, com o intuito de adequar a norma a cada caso concreto. Concluiu-se que para interpretar os termos “considerável número de pessoas”,

“extensa área” e “obras e serviços de interesse social e econômico relevante”, o juiz deverá julgar de acordo com analogia, costumes e princípios gerais do direito, sem eximir-se de julgar com base na interpretação teleológica, que conduzirá ao princípio da função social da propriedade.

Com relação a quem tem o dever de pagar a indenização, concluiu-se parece apropriado o disposto no enunciado aprovado na IV Jornada de Direito Civil, que indica que os possuidores devem efetuar o pagamento quando puderem, cabendo ao Estado intervir no litígio apenas quando os possuidores não tiverem condições de realizar o pagamento, utilizando analogicamente o instituto da desapropriação, pois caracteriza uma situação de interesse social.

Discutiu-se sobre o termo “imóvel reivindicado”, e concluiu-se que este não deve fazer referência apenas ao imóvel litigado em ação reivindicatória, sob pena de restringir a aplicação da norma a algumas situações, o que contraria a própria razão do advento da norma.

Concluiu-se ainda pela necessidade de regular a situação do imóvel adquirido em relação a cada possuidor, pois a lei não diz se a propriedade ficará em condomínio, ou se cada possuidor será proprietário de área individualizada.

Quanto ao termo “boa fé”, concluiu-se que, se não analisado de maneira extensiva, e possível haver grande afronta ao direito de propriedade, abalando tudo o que se estudou sobre esse direito.

Diante de todas as questões apresentadas, é possível que o instituto tenha problemas de operabilidade. Em algumas situações, a própria usucapião coletiva pode substituir este instituto se preenchidos os requisitos necessários, por ser vantajosa aos possuidores pelo fato de não exigir pagamento de indenização.

Ainda não se sabe os reais efeitos da aplicação do instituto ao caso concreto, pois se trata de instituto novo, e a jurisprudência ainda não teve oportunidade de se manifestar.

Sugere-se um estudo mais aprofundado sobre o tema, em torno cada questão abordada, pois a presente monografia limitou-se a analisar cada aspecto superficialmente. Cabe mencionar o desenvolvimento do estudo foi limitado, principalmente, pela escassa bibliografia especializada, o que não permitiu analisar detalhadamente o instituto. Ressalta-se que o tema é de relevante importância, pois há valores fundamentais em questão.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ruy Rosado de (org). **Jornadas de direito civil I, III e IV: enunciados aprovados**. Brasília: CJP, 2007. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>> . Acesso em: 22 abr. 2011.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, p. 261, 2004.

ÁVILA, Fernando Bastos de. **Pequena enciclopédia de doutrina social da Igreja**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1993

AZEVEDO, Álvaro Vilaça de; VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Atlas, 2003.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Compreendendo os novos limites à propriedade: uma análise do art. 1228 do Código Civil brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 679, 15 maio 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6725>>. Acesso em: 10 mar. 2011.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 25 mar. 2011

_____. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 25 mar. 2011.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 25 mar. 2011.

_____. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>>. Acesso em: 25 mar. 2011.

_____. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 25 mar. 2011.

_____. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 25 mar. 2011.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 mar. 2011

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 mar. 2011.

_____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L3071.htm>>. Acesso em: 25 mar. 2011.

_____. **Lei Nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L6015.htm>>. Acesso em: 12 mai. 2011.

_____. **Decreto- lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del4657.htm>>. Acesso em: 12 mai 2011

BARROSO, Lucas Abreu; PASSOS, Cristiane Lisita. **Direito Agrário contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRAGA, Roberta Chaves. **Direito de propriedade e a constituição federal de 1988**. Monografia apresentada para a obtenção do grau de especialista em direito constitucional. Universidade Vale do Acaraú. Ceará, 2009. Disponível em: <http://bdjur.tjce.jus.br/jspui/bitstream/123456789/229/1/Monografia%20Roberta%20Chaves%20Braga.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2011.

BRITO, Rodrigo Toscano. "Desapropriação judicial" e usucapião coletivo: uma análise comparativa. In: RÉGIS, Mário Luiz Delgado; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controversas do novo código civil: direito das coisas**. São Paulo: Método, 2008. Cap. 4.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Francisco José. **Função Social da Propriedade**. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP. São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.fadisp.com.br/download/5.2_Funcao_Social_da_Propriedade.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2011

CASSETTARI, Christiano. Uma análise do instituto descrito no art. 1.228, §§ 4.º e 5.º, do Código Civil: pontos divergentes e convergentes. In: RÉGIS, Mário Luiz Delgado; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controversas do novo código civil: direito das coisas**. São Paulo: Método, 2008.

CASTRO, Mônica. **A desapropriação judicial no código civil**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?Codigo=486>. Acesso em: 22 mar. 2011.

CHALHUB, Melhim Namem. **Curso de direito civil: direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CHAVES, Antônio. **Lições de Direito Civil: Direito das coisas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Edameris, 1961.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Controvérsias constitucionais acerca da usucapião coletiva**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1063, 30 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8318>>. Acesso em: 9 abr. 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HUMBERT, Georges Louis Hage. **Da incidência do princípio da função social da propriedade urbana nos Municípios que não possuem Plano Diretor**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 872, 22 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7618>>. Acesso em: 11 jun. 2011.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Da propriedade, In: PELUSO, Cezar (coord.). **Código Civil Comentado**. São Paulo: Manole, 2007.

MARKY, Thomas. **Curso Elementar de direito romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito das coisas**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, 3 v.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código civil anotado e legislação extravagante**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. **Notas para um ensaio sobre a dignidade da pessoa humana. Conceito fundamental da Ciência Jurídica**. Jus Navigandi,

Teresina, ano 11, n. 1116, 22 jul. 2006. Disponível em:

<<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8668>>. Acesso em: 11 jun. 2011.

PAGANI, Elaine Adelina. **Direito de propriedade e direito à moradia**. Porto Alegre: Edipucrs, 2009

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direitos reais**. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 6 v.

PIPES, Richard. **Propriedade e Liberdade**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

REALE, Miguel. **Visão geral do novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2718>>. Acesso em: 8 jun. 2011.

RIBEIRO, Alex Sandro. **Anotações sobre a posse pro labore do novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 63, 1 mar. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3832>>. Acesso em: 21 mar. 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas: lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito das coisas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, 5 v.

ROLIM, Luiz Antonio. **Instituições de Direito Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROSA, Pedro Henrique de Miranda. **Direito Civil: Direito das Coisas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direitos reais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 5 v.

_____. **Direitos reais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das coisas**. 10. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995.

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no projeto do Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (coord). **A Reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZEBULUM, José Carlos. **Desapropriação judicial pela posse-trabalho**. Disponível em:

<http://www.meioambiente.caop.mp.pr.gov.br/arquivos/File/desapropriacao_judicial%281%29.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2011