

Hermenêutica e operabilidade dos §§ 4º e 5º, do art. 1.228, do Código Civil

Lucas Abreu Barroso

Sumário: 1. O dispositivo em comento. 2. Instituto jurídico que implementa. 3. A diretriz teórica da operabilidade. 4. Compreensão e instrumentalidade. 5. Referências bibliográficas.

1. O dispositivo em comento

Na esteira da funcionalização que permeia os institutos de Direito Privado na contemporaneidade e, mais recentemente, da socialidade enquanto princípio informador do Código Civil de 2002 vários dispositivos de caráter nitidamente social, sem precedentes na ordem jurídica brasileira, e muitas vezes até mesmo numa perspectiva de direito comparado, são estatuídos neste novel diploma civilista.

É o caso dos §§ 4º e 5º, do art. 1.228, *in verbis*:

Art. 1.228.

§ 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 5 (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.

Não pretendemos discutir as possíveis dificuldades técnicas que porventura possam ser verificadas a partir do conteúdo que apresenta. Referimo-nos, obviamente, às expressões “extensa área” e “considerável número de pessoas” (§ 4º), eis que podem ser su-

peradas aplicando-se os critérios já estabelecidos no âmbito da Administração Pública relativamente ao uso e ocupação fundiária urbana e rural.

Nosso intento é o de levantar outras questões, a serem dirimidas, por meio de convencimento teórico, o mais depressa possível, para que a aplicação prática do instituto que implementa não inviabilize instrumentos jurídicos de singular relevância para o atendimento da função social pela propriedade imobiliária de grandes dimensões, especialmente a desapropriação (administrativa) e o usucapião, nem tampouco sirva para resguardar direitos de uns, dentro de uma concepção utilitarista, em detrimento de toda a coletividade.

A quem deve ser imputado o pagamento da indenização fixada pelo juiz e devida ao proprietário? Ficarà a cargo dos possuidores a prestação indenizatória em todos os casos *sub judice*?

As formulações até agora engendradas pela doutrina no sentido de responder a estas indagações, a nosso ver, restam conformadas e nada abrangentes. Poder-se-ia mesmo dizer reticenciosas, diante das diretrizes teóricas do Código Civil e dos princípios constitucionais aplicáveis à matéria.

Tampouco o Projeto de Lei n. 6.960/2002, proposto pelo ainda Deputado Ricardo Fiuzza, a pretexto de, entre outros, dar nova redação a alguns artigos do novo Código Civil, entre os quais o art. 1.228 (precisa e exclusivamente quanto ao § 5º), sequer menciona o assunto.¹

Este estudo visa estabelecer uma interpretação do dispositivo em análise, no que tange aos questionamentos suscitados, consoante

1 Projeto de Lei n. 6.960/2002: “**Art. 1º.** Os artigos [...] 1.228 [...], da Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002 passam a vigorar com as seguintes alterações: [...] ‘**Art.1.228.** § 5º — No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago integralmente o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome do respectivo possuidor’. (NR)”.

com o papel que tem a exercer o Direito Privado no contexto da organização econômica e social nos dias que se seguem.

2. Instituto jurídico que implementa

Não resta dúvida que o instituto jurídico inserto na seara do Direito Civil brasileiro por meio do disposto nos transcritos §§ 4º e 5º, do art. 1.228, do Código Civil, constitui verdadeira inovação, de “caráter revolucionário”², porquanto encontrável apenas na legislação pátria, sem correspondente nos arcabouços legais estrangeiros.

Trata-se da *desapropriação judicial*, uma vez que o legislador ordinário confere ao juiz (Poder Judiciário) “poder expropriatório”³, até então somente atribuído ao chefe do Poder Executivo nas três esferas dos entes federados.

Encontra assento na função social da propriedade, mais precisamente nos fundamentos da posse *pro labore* ou *posse-trabalho*, deixando notório que a nova Lei Civil optou pela superação do apego ao individualismo em proveito dos fins sociais a que está destinada a propriedade hodiernamente e pela recepção de princípios de natureza constitucional.

Constata-se claramente que a intenção do legislador foi impedir que o proprietário inerte pudesse retomar, por meio de ação reivindicatória, o imóvel que cumpre a função social pelo trabalho empreendido pelos possuidores, antes que estes contassem a seu favor com o tempo necessário para alegar como exceção processual o usucapião ou mesmo que fossem beneficiados por planos de ocupação ou assentamento decorrentes de desapropriação (administrativamente).

2 REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>. Acesso em: 13 jul. 2004.

3 *Ibidem*.

Não obstante, por ângulo de observação diverso, criou um instrumento legal que, em alguns casos, nos moldes como vem sendo interpretado, poderá consistir em verdadeira láurea àquele mesmo proprietário.

3. A diretriz teórica da operabilidade

O princípio da operabilidade norteou a preparação do Código Civil desde que foi instaurada sua “Comissão Revisora e Elaboradora” nos idos de 1969. Miguel Reale⁴ informa que dentre as diretrizes assentes para o início dos trabalhos constava: “Alteração geral do Código atual no que se refere a certos *valores* considerados essenciais, tais como o de *eticidade*, de *socialidade* e de *operabilidade*”.

Este princípio é dirigido ao legislador e aos operadores jurídicos em geral, significando que a norma jurídica criada e aplicada não pode resultar numa mera previsão abstrata, mas que deve necessariamente representar uma solução possível para os conflitos sociais a que visa disciplinar e para os casos concretos que objetiva decidir.

Tal princípio encerra, de certo modo, o princípio da concretidade, tornando realizável o papel a que está adstrita a norma jurídica quando manifestada no meio social, porque apenas “assim se realiza o direito em sua *concretude*”⁵.

Francisco Amaral⁶ preleciona que se está diante de um princípio “que é essencialmente um princípio de hermenêutica filosófica e

4 REALE, Miguel. Ob. cit.

5 *Ibidem*: “[...] sendo oportuno lembrar que a teoria do **Direito concreto**, e não puramente abstrato, encontra apoio de juriconsultos do porte de Engisch, Betti, Larenz, Esser e muitos outros, implicando maior participação decisória conferida aos magistrados”.

6 AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 101.

jurídica, mais propriamente de metodologia de realização do direito”.

E aduz complementarmente:

Sendo uma das tarefas da metodologia jurídica explicar a estrutura de concretização da norma no caso particular, o princípio da operabilidade, ou da concretude, traduz o critério metodológico que o legislador aponta ao intérprete do Código Civil: a interpretação jurídica não tem por objetivo descobrir o sentido e o alcance da regra jurídica, mas sim, constituir-se na primeira fase de um processo de construção ou *concretização* da norma jurídica adequada ao caso concreto.⁷

4. Compreensão e instrumentalidade

Antes de prosseguirmos, uma indagação se faz importante: como funciona o instituto? Sílvio de Salvo Venosa⁸ esclarece que os possuidores do imóvel são “demandados em ação reivindicatória pelo proprietário e apresentam a posse e demais requisitos como matéria de defesa ou em reconvenção, nesta pedindo o domínio da área”.

Vale salientar que não é mencionada no dispositivo legal respectivo a faixa de renda das pessoas a que está dirigido, mas resta evidente “a busca pelo sentido social da propriedade, sua utilização coletiva”⁹.

7 AMARAL, Francisco. Ob. cit., p. 101: “Enquanto que as regras jurídicas se apresentam como proposições lingüísticas de caráter *geral*, a partir do seu texto deve o intérprete construir uma norma-decisão *concreta e específica* para o caso em tela. [...] Dessa opção metodológica, resulta conceder-se larga margem de criação ao intérprete para, por meio de princípios, cláusulas gerais, usos do lugar, costumes etc., criar a norma jurídica adequada ao caso concreto, lastreado em sólido embasamento doutrinário, pois doutrina e prática se influenciam e enriquecem reciprocamente”.

8 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 5, p. 205.

9 *Ibidem*.

Talvez por consistir em prescrição legal inovadora no ordenamento jurídico, a doutrina, em alguns poucos, mas cruciais, momentos, determinantes para a compreensão e instrumentalidade deste instituto jurídico, tem sido vacilante e provocado, no nosso entendimento, alguns desvirtuamentos que irão certamente prejudicar a hermenêutica e operabilidade a ser empreendida a fim de torná-lo factível jurídica e socialmente.

Nesse sentido, o proficiente jurista Sílvio de Salvo Venosa¹⁰ deixa transparecer uma nuance que nos parece de todo improcedente quanto aos meios e os fins: “[...] se o proprietário não desejar ter contra si uma ação de usucapião, deverá reivindicar a área para lograr obter indenização”.

Do modo como colocado parece que o legislador criou a desapropriação judicial para inviabilizar o consagrado instituto do usucapião, quando se tratar de extensas áreas, e/ou para funcionar como sanção premial em favor do proprietário. Em ambos os casos, estaria o legislador contrariando as diretrizes teóricas que ele mesmo fixou para a elaboração do Código Civil, especialmente a socialidade e a operabilidade.

Outrossim, os possuidores, qual reverso da situação, uma vez que não tenham completado o prazo requerido por lei para usucapir, poderiam não alegar em resposta o disposto no § 4º, restando ao magistrado negar a reivindicação pelo não atendimento ao princípio da função social pelo imóvel reivindicado, hipótese em que a última alternativa para o proprietário seria tentar a desapropriação administrativamente.

E também contrariando a justificção do Projeto de Lei, longe de constituir somente benefício ao proprietário a desapropriação judicial é para si uma forma de perda da propriedade¹¹, pois se es-

¹⁰ *Ibidem*, p. 206.

¹¹ “74. Art. 1.228: A sugestão é do professor CARLOS ALBERTO DABUS MALUF. Realmente, a redação atual do parágrafo 5º do art. 1228 poderia servir de in-

tivesse cumprindo plenamente os deveres que lhe são inerentes o proprietário não poderia ser constrangido judicialmente a aceitar indenização em substituição à devolução do imóvel cujo domínio ainda lhe pertence.

A desapropriação judicial, declarada em modos ponderáveis, consubstancia instituto jurídico de grande valia, que vem a ser acrescentado aos já existentes, para reorganização fundiária como fator de justiça social.

Isto porque, a propriedade a que não se dá destinação econômica e social adequadas está numa posição de confronto com as funções que a ela são destinadas no Direito Privado e Constitucional contemporâneos, numa clara demonstração de ilegalidade e postura anti-social, praticando o proprietário abuso de direito.

O motivo para a feitura deste estudo é especificamente o problema da indenização, notadamente no que toca a quem deve ser imputado o seu pagamento. Não resta dúvida que cabe indenização ao proprietário, pois de outra forma configuraria confisco. Certo também é que esta indenização de ser justa e paga integralmente, somente assim logrando êxito a aplicação do instituto, cuja sentença afiguraria título para transcrição no Registro de Imóveis.

centivo à invasão de glebas urbanas e rurais, criando uma forma nova de perda do direito de propriedade, mediante o arbitramento judicial de uma indenização, nem sempre justa e resolvida a tempo, impondo dano ao proprietário que pagou os impostos que incidiram sobre a gleba”; Também em sentido contrário à justificação do Projeto de Lei e, portanto, alinhado à nossa percepção, FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 797-798, preleciona que “[...] o Código Civil introduziu forma nova de perda da propriedade imóvel, pelo trabalho alheio”, inclusive arrolando os requisitos para a caracterização desta modalidade: “1º) posse *pro labore* ou posse-trabalho, que é aquela de que resultem obras e serviços de interesse social e econômico; 2º) tempo — a posse há de ser ininterrupta por cinco anos. Evidentemente, admite-se a *accessio possessionis*, assim como no usucapião; 3º) considerável número de possuidores *pro labore*; 4º) boa-fé dos possuidores *pro labore*; 5º) imóvel de área extensa”.

Cleuton César Ripol de Freitas¹², partindo da constatação de que, pelo intento do legislador ordinário, na referida desapropriação “os possuidores é quem deverão arcar” com o pagamento integral do preço da indenização a que faz jus o proprietário¹³, pontifica: “Por fim, a desapropriação judiciária é mais um modo de legitimação de acesso à terra. A mesma tem virtudes e problemas, pois o ideal é que o Estado participe, através de seu poder de intervenção econômica, no processo de garantia de acesso à terra aos milhões de famílias sem terra brasileiras”.

Note que o autor refere-se à questão do uso e ocupação de propriedades rústicas. No entanto, seus argumentos podem ser trasladados sem nenhum obstáculo para as demandas que dizem respeito aos imóveis situados em zona urbana, posto que “a disposição analisada do Código Civil aplica-se tanto a áreas rurais quanto urbanas”¹⁴.

De acordo com o que expressamos nas linhas volvidas não nos parece que o legislador pudesse ter idealizado solução distinta, senão a do pagamento da indenização pelos possuidores. Da mesma forma que não seria coerente afirmar que a previsão do dispositivo teve como intuito possibilitar ao proprietário antecipar-se ao usucapião e à desapropriação (administrativa).

Ocorre que no curso da longa tramitação do Código Civil pelo Congresso Nacional novos paradigmas foram sendo incorporados ao ordenamento brasileiro no que concerne ao disciplina-

12 FREITAS, Cleuton César Ripol de. A desapropriação judiciária e os conflitos coletivos pela posse. SEMINÁRIO NACIONAL DE DIREITO AGRÁRIO, X, E ENCONTRO NACIONAL DE PROFESSORES DE DIREITO AGRÁRIO, I. *Anais...* Brasília. Associação Brasileira de Direito Agrário, 09 a 13 dez. 2002. (CD-ROM).

13 Corrente de pensamento também corroborada por: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4. p. 182; e: VENOSA, Sílvio de Salvo. *Ob. cit.*, p. 206.

14 *Ibidem*.

mento jurídico da propriedade, principalmente em virtude da Constituição Federal de 1988.

Faz pouco tempo que a teoria jurídica deixou de respaldar uma vetusta compreensão — quando da elaboração do novo diploma civil tida como absolutamente verdadeira: de que reivindicar representa obrigatoriedade de devolução do imóvel ao proprietário, bastando para tanto a prova do domínio.

Ao preceituar a desapropriação judicial o legislador ordinário buscou evitar justamente que este convencimento de caráter formal e individualista encontrasse guarida para o fato que contempla com o referido instituto.

A jurisprudência dos nossos tribunais, mesmo que timidamente e ainda com manifesta inclinação ao formalismo e individualismo, valores arraigados na codificação de 1916 e de inspiração liberal, aos poucos tem assentado as diretrizes atinentes à propriedade num Estado Democrático de Direito.

Para César Fiúza¹⁵, um dos poucos juristas a quem foi dado vislumbrar a questão que encerra o debate aqui proposto, “as hipóteses de incidência desta modalidade de perda da propriedade são muito raras e de difícil concretização, principalmente, tendo em vista a indenização que deverá ser paga ao proprietário. O § 5º do art. 1.228 não diz quem deverá pagar esta indenização. Presumivelmente, os adquirentes [...]. Na prática, porém, pode tratar-se de pessoas muito pobres, o que inviabilizaria a dita indenização”.

Todavia, é necessário ir além. O cenário que descreve não tornaria inoperante somente a indenização como o próprio instituto, premiando ao final o proprietário desidioso.

Por outro lado, não podemos concordar quando afirma que “ao fixar a ‘justa indenização’ ao proprietário, o juiz deverá levar em

15 FIUZA, César. Ob. cit., p. 798.

conta a condição socioeconômica dos possuidores, a fim de não inviabilizar a aquisição da propriedade por eles”¹⁶.

E por dois motivos: primeiro, porque uma indenização a menor significaria uma “punição” que não teria lugar numa desapropriação administrativa; segundo, haja vista que o instituto poderia ser tomado como propulsor de uma desordem social incompatível com os ditames constitucionais democráticos.¹⁷

Destarte, opinamos na direção de que quando o imóvel reivindicado tiver como possuidores pessoas de baixa renda, uma vez declarada a desapropriação judicial e apurado o *quantum* indenizatório, o pagamento do mesmo deve ficar a cargo do ente federado que teria competência para desapropriá-lo por via administrativa. Para tanto, basta que se incorpore tal diretriz às políticas públicas em execução com a finalidade de cuidar das questões fundiárias urbanas e rurais ou que se imponha esse ônus à Administração Pública no próprio instrumento decisório.

Tal possibilidade resta demonstrada, *mutatis mutandis*, no aresto que ora transcrevemos na íntegra:

16 FIUZA, César. Ob. cit., p. 798.

17 Unicamente para esta conjectura estaria cercado de razão o argumento de DINIZ, Maria Helena. Ob. cit., p. 182: “Mas, por outro lado, poderá não só constituir uma afronta ao direito de propriedade, também resguardado constitucionalmente, e um incentivo à invasão de terras alheias, como também conduzir, em razão dos poucos recursos dos ocupantes, a um arbitramento judicial de uma indenização nem sempre justa ou correspondente ao real valor do bem ocupado, prejudicando o proprietário que, além de ficar sem seu imóvel, pagou todos os impostos que sobre ele incidiram”. Divergimos, porém, quanto ao pagamento de impostos que, ademais de consistir em obrigação legal do proprietário, nunca foi critério para se aferir o cumprimento da função social da propriedade. Tal argumento reconduz a um passado próximo em que bastavam certas medidas mínimas por parte do proprietário para que a propriedade fosse tomada como intangível. E isto de um ângulo civilista, já que a legislação agrária há muito exige mais cautelas do proprietário. Idêntico convencimento nos parece acertado em relação à parte final da fundamentação proferida a título de justificação no Projeto de Lei (*Vide* nota n. 11).

Ementa: Ação reivindicatória. Imóvel urbano coletivamente invadido. Desapropriação indireta. Conversão da ação reivindicatória em perdas e danos, ante a impossibilidade de retornar o imóvel ao domínio e posse de seus proprietários. Abraçadas, que foi, pelo poder público municipal, a invasão e o assentamento, resta, apenas, formalizar a aquisição do imóvel. O poder público, que, por intermédio de atos da administração, emprestou sua manifestação concreta e proveitosa de solidariedade aos invasores que assentaram sobre o imóvel, responde pela indenização vertida na base do relevante interesse social. A associação do poder público com os réus que injustamente ocuparam o terreno dos autores, cuja intervenção estatal torna o imóvel invadido insuscetível de reivindicação, não afasta o direito sobre ele questionado, o qual permanece hígido. Exegese ao artigo 524 do código civil. Embargos acolhidos. (Embargos Infringentes n. 70003749710, Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis, TJRS, Relator: Clarindo Favretto, julgado em 20/12/2002).

A interpretação proposta para o instituto em análise evitaria duas situações indesejadas: a) de uma indenização injusta, ou menor da que caberia, ao proprietário; e, b) de que os possuidores não podendo pagar a devida indenização fossem obrigados a desocupar o imóvel no qual realizaram benfeitorias de relevante interesse social e econômico¹⁸ — cumprindo assim a função social da propriedade.

A aplicação do instituto assim pensada, no que se refere ao pagamento da indenização, levará a efeito mais facilmente a operabilidade a que está constricto, diminuindo os conflitos sociais e representando fator de distribuição horizontal da riqueza, imprescindível para o exercício da cidadania e para a afirmação da dignidade da pessoa humana.

18 Ainda mais se levarmos em conta que a nova redação dada à 2ª parte do § 5º pelo Projeto de Lei restringe o acesso à propriedade ao possuidor que paga integralmente o preço, retirando, em parte, o caráter coletivo da desapropriação judicial.

5. Referências bibliográficas

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FREITAS, Cleuton César Ripol de. A desapropriação judiciária e os conflitos coletivos pela posse. SEMINÁRIO NACIONAL DE DIREITO AGRÁRIO, X, E ENCONTRO NACIONAL DE PROFESSORES DE DIREITO AGRÁRIO, I. *Anais...* Brasília, Associação Brasileira de Direito Agrário, 09 a 13 dez. 2002. (CD-ROM).

REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>. Acesso em: 13 jul. 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 5.