

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Renata Dias de Araújo Lima

**A Função Social da propriedade como máscara para legitimação do
controvertido instituto da Expropriação Judicial**

**Belo Horizonte
2012**

Renata Dias de Araújo Lima

A Função Social da propriedade como máscara para legitimação do controvertido instituto da Expropriação Judicial

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Privado.

Orientador: Prof.Dr.Adriano Stanley Rocha Souza

**Belo Horizonte
2012**

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

L732f Lima, Renata Dias de Araújo
A função social da propriedade como máscara para legitimação do
controvertido Instituto da Expropriação Judicial / Renata Dias de Araújo Lima.
Belo Horizonte, 2012.
135f.

Orientador: Adriano Stanley Rocha Souza
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Desapropriação. 2. Função social da propriedade. 3. Eficácia e validade do
direito. 4. Inconstitucionalidade. I. Souza, Adriano Stanley Rocha. II. Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.
III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 351.712.5

Renata Dias de Araújo Lima

A Função Social da propriedade como máscara para legitimação do controvertido instituto da Expropriação Judicial

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Privado.

Doutor Adriano Stanley Rocha Souza (Orientador – PUC MINAS)

Doutora Taísa Maria Macena de Lima – PUC MINAS

Doutor Salomão de Araújo Cateb – Faculdades Milton Campos

Doutor Rodrigo Almeida Magalhães – PUC MINAS (suplente)

Belo Horizonte, 01 de fevereiro de 2012

Ao meu amigo, companheiro e amado marido Bruno,
aos meus filhos Maria Eduarda e Pedro,
que representam a razão maior de todo meu esforço e dedicação.

AGRADECIMENTOS

Ao meu marido e filhos, por entenderem minha ausência retribuindo-a com muita paciência e amor. Aos meus pais Isidoro e Iara e irmãos pela “torcida” e apoio.

Ao meu orientador, professor Dr. Adriano Stanley, um dos grandes incentivadores do meu ingresso no Programa de Pós-Graduação da PUC-Minas, responsável por despertar meu interesse e paixão pelo Direito das Coisas, de quem sempre vou lembrar com exemplo de pessoa e profissional.

Aos meus alunos do curso de graduação em Direito da Universidade Salgado de Oliveira-BH, e a esta instituição que me acolheu para possibilitar a realização deste Mestrado.

A todos que deveriam ter sido citados nominalmente e que de alguma forma supriram minha ausência profissional e pessoal.

Mas como pode qualquer lei proteger um homem de outro, sendo a maior parte dos homens tão pouco razoável e tão facciosa em seu próprio proveito, e não passando de letra morta as suas leis, que por si mesmas são incapazes de forçar um homem a agir diferentemente do que lhe agrada e de puni-lo ou infringir-lhe danos quando ele cometeu um mal?

Thomas Hobbes

RESUMO

A linha de pesquisa do Programa de Pós-Graduação, nível Mestrado, da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas, *Reconstrução dos paradigmas do Direito Privado no contexto do Estado Democrático de Direito*, tem produzido importantes aportes teóricos a viabilizar uma demanda reflexiva rica e produtiva. Nas leituras das obras indicadas e utilizadas por alunos e professores do programa, em especial na disciplina *Evolução do direito das coisas do código civil de 1916 ao código civil de 2002*, depreendeu-se o tema acerca da ilegitimidade do instituto normatizado pelo art. 1.228, §§ 4º e 5º do Código Civil, a chamada Expropriação Judicial, despertando o interesse pela pesquisa. Buscou-se testificar a ilegitimidade do instituto e, conseqüentemente, de sua norma regulamentadora a partir da Teoria Tridimensional do Direito, idealizada pelo ilustre prof. Miguel Reale, grande defensor da Expropriação Judicial. Para testificação das hipóteses, notadamente sobre a ilegitimidade do instituto sob análise, cunhou-se a demonstração da invalidade formal, social e axiológica da norma do art. 1.228, §§4º e 5º do código civil. Ao unirmos essas fontes, extraiu-se o questionamento acerca do papel do princípio da Função Social da propriedade nesse contexto. Seria ele fator de legitimação da norma ou máscara de sua real ilegitimidade? Apesar de existirem julgados de expropriações fundados no art. 1.228, §§4º e 5º e de contar com exposições teóricas, em regra, bem superficiais, sobre o assunto, verificou-se que há realmente um descompasso entre o conteúdo e a forma de apresentação da norma e o que se considera necessário, do ponto de vista Realeano, para se considerar uma norma válida. Outrossim, ainda que válido o propósito do legislador, qual seja, atender ao princípio da função social da propriedade, indevido o meio, eis que comprometida resta a constitucionalidade da norma.

Palavras-Chave: Expropriação Judicial, Função Social da propriedade, Validade da Norma, Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The line of research of the Post-Graduate, Masters level, the Mineira Faculty of Law at PUC Minas, Reconstruction of the paradigms of Private Law in the context of a democratic state, has produced important theoretical contributions to enable a rich and productive demand reflective. The readings of the works displayed and used by students and teachers of the program, particularly in the discipline of the evolution of the right things in the Civil Code of 1916 to the Civil Code of 2002, it appears the issue about the illegitimacy of the Institute ruled by art. 1228, § § 4 and 5 of the Civil Code, the Judicial called expropriation, arousing interest in the research. We tried to testify about the illegitimacy of the institute and consequently its regulatory norm from the Tridimensional Theory of Law, created by renowned Prof. Miguel Reale, a great defender of judicial expropriation. For witnessing of assumptions, notably about the illegitimacy of the institute under review, coined to demonstrate the invalidity formal, social and axiological norm of the art. 1228, § § 4 and 5 of the Civil Code. By uniting these sources drew the questioning about the role of the principle of the social function of property in this context. He would legitimize the rule mask their real or illegitimacy? Although there are judged based expropriations in art. 1228, § § 4 and 5 and to rely on theoretical explanations, as a rule, very superficial, on the subject, it was found that there really is a mismatch between the content and presentation of the standard and it is considered necessary from the point of Realeano order to be considered a valid norm. Moreover, even if the true purpose of the legislature, namely the principle of meeting the social function of property, improper environment, behold, remains committed to the constitutionality of the norm.

Keywords: Expropriation Judicial, Social Function of the property, Validity of the Standard, Unconstitutionality.

LISTA DE ABREVIATURAS

CJF – Conselho da Justiça Federal

PUC – Pontifícia Universidade Católica

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	19
2 BREVE HISTÓRICO DA SOCIALIZAÇÃO DA PROPRIEDADE	21
3 O REAL SENTIDO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.....	31
4 EXPROPRIAÇÃO JUDICIAL (art. 1228, §§4º e 5º do Código Civil).....	45
4.1 Natureza jurídica da Expropriação judicial	47
4.2 Expropriação Judicial x Usucapião Coletiva Urbana	51
4.3 Elementos caracterizadores da Expropriação Judicial.....	54
5 COMENTÁRIOS AOS ENUNCIADOS DO CJF.....	62
6 VALIDADE DA NORMA À LUZ DA TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO...82	
6.1 Breve contextualização histórica da teoria tridimensional	83
6.2 Teoria tridimensional do direito no direito comparado	85
6.3 Tridimensionalismo na perspectiva realeana	89
6.4 Aspectos de validade da norma.....	92
6.4.1 <i>Validade formal</i>	93
6.4.2 <i>Validade social</i>	94
6.4.3 <i>Validade axiológica</i>	96
7 INVALIDADE DA NORMA CONSTANTE DO ART. 1228, §§4º E 5º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	98
7.1 Invalidade formal.....	102
7.2 Invalidade social.....	110
7.3 Invalidade axiológica	112
8 REGRAS DE INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA NORMATIZAÇÃO PROPRIETÁRIA.....	115
9 CONCLUSÃO	124
REFERÊNCIAS.....	129

1 INTRODUÇÃO

Atualmente vivenciamos a chamada socialização do direito de propriedade. Tal tendência visa, principalmente, à transformação da dogmática patrimonialista herdada do Estado Liberal, na qual se permitia o exercício dos direitos inerentes à propriedade de maneira irrestrita, quase absoluta.

O movimento de socialização da propriedade veio atender às necessidades decorrentes da evolução social e normativa, que não comportavam mais o egoísmo no trato da coisa privada. As circunstâncias abusivas criadas pelo individualismo da época fizeram com que a Constituição adotasse uma nova roupagem, agora mais densa, mais influente e com capacidade de redimensionar as relações privadas.

Com o estabelecimento do “Estado Democrático de Direito”, os interesses particulares devem se harmonizar aos sociais. No que diz respeito ao exercício da função social imposto pela Constituição da República, temos que os legisladores infraconstitucionais empreenderam esforços na tentativa de criar e (ou) adequar suas disposições legais a tal imperativo constitucional.

O Código Civil de 2002 procurou atender a essa exigência, e o fez de forma expressa em vários de seus dispositivos tais como §§4º e 5º do art. 1.228, que trata da Expropriação Judicial; parágrafos únicos dos arts. 1.238 e 1.242, que reduzem o prazo para aquisição da propriedade por meio da usucapião; §2º do art. 1.210, que afasta a possibilidade de alegação da exceção de propriedade nas demandas possessórias; parágrafo único do art. 1.255 e arts. 1.258 e 1.259, que tratam da aquisição compulsória por possuidores que ocuparam bem alheio, todas essas situações criadas, pelo menos aparentemente, com o fito de prestigiar o exercício da função social.

Dentre os dispositivos citados, o que regulamenta a Expropriação Judicial chama a atenção por sua estrutura, formulação e conceituação controvertidas, mas, apesar disso, tendo nascido sob a forte justificativa de atender a demandas sociais emergentes. Dessa maneira se manifesta Reale:

É urgente encontrar uma solução jurídica para reiterados dramas sócio-econômicos conseqüentes de conflitos entre os proprietários de terras, vencedores em ações reivindicatórias após dezenas de anos de demandas, e aqueles que, de boa-fé, nelas edificaram, entrementes, sua morada ou realizaram benfeitorias de irrecusável alcance social (REALE, 1999, p. 33)

Diante de tal iniciativa legal, cujo pano de fundo seria o atendimento da função social da propriedade, surgem alguns questionamentos, dentre eles: A expropriação judicial é um instituto legítimo? A norma regulamentadora do referido instituto (art. 1228, §§4º e 5º do CC/02) pode ser considerada válida no sentido formal, social e ético? O princípio da função social da propriedade legitima o instituto da expropriação judicial, mesmo diante de suas prováveis invalidades, ou se presta apenas a mascarar sua ilegitimidade?

Os estudos preliminares empreendidos sobre o assunto e a verificação das obras que versam sobre ele, em sua maioria, chamam a atenção pela forma acrítica pela qual se apresentam. Aliás, a grande maioria dos escritos, quando tratam da legitimidade do instituto, se limitam a apontar os enunciados do Conselho de Justiça Federal, sem ao menos comentá-los.

Nesse diapasão, a par dos elementos constitutivos do instituto e de sua caracterização, necessária se faz a análise de sua validade normativa em nosso ordenamento jurídico, assim como a indevida utilização do princípio da função social da propriedade como fator da própria legitimação.

Assim resta proposta a presente pesquisa, cujo resultado segue a orientação metodológica do direito civil constitucional. O que se pretende ao final deste estudo é contribuir para o entendimento e compreensão de um instituto complexo, sem perder de vista os parâmetros da Constituição da República. Tal tarefa é, segundo Venosa, desafiadora.

Sem dúvida, embora a propriedade móvel continue a ter sua relevância, a questão da propriedade imóvel, a moradia e o uso adequado da terra passam a ser a grande, senão a maior questão do século XX, agravada neste início de século XXI pelo crescimento populacional e empobrecimento geral das nações. Este novo século terá sem dúvida, como desafio, situar devidamente a utilização social da propriedade (VENOSA, 2010, p.167)

2 BREVE HISTÓRICO DA SOCIALIZAÇÃO DA PROPRIEDADE

O tratamento que se dispensa à coisa privada nos dias de hoje, especialmente após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, aos olhos de muitos, soa totalmente inovador, principalmente se comparado ao do Estado Liberal, cuja perspectiva era egoística e patrimonialista.

Entretanto, a socialização da propriedade, o atendimento à sua função social, a maior limitação dos poderes do proprietário, a preocupação com a destinação útil que se deve dar à coisa são preceitos que em espaço, tempo e proporções diferentes, de alguma maneira foram vislumbrados.

Embora tais preceitos tenham sido ventilados com maior frequência em tempos recentes, de alguma maneira se encontravam na pauta de discussão de pensadores e juristas do passado. As investigações acerca da função social da propriedade remontam à doutrina cristã da Idade Média, sobretudo à *Suma Teológica de São Tomás de Aquino* (TEPEDINO, 1991, p.314).

Há muito o conceito de propriedade sofre interações mútuas do ideal individualista e coletivista. Como bem pondera Gilissen:

Numa história da propriedade, pode então ser útil servirmo-nos de uma tipologia de formas de propriedade; propomo-nos fazer uma classificação em quatro tipos: propriedade individualista, ou seja, a sua forma mais absoluta, seja a do Direito Romano Clássico seja a do *Code civil* de 1804; propriedade dividida, como a dos diversos direitos reais do feudalismo; propriedade comunitária, ou seja, o uso dos bens por uma comunidade: família, clã, aldeia, cidade, etc.; propriedade coletivista, ou seja, a que pertence a uma grande coletividade, em geral do Estado. (GILISSEN, 2003. p.636).

Ao propor essa classificação, o referido autor descarta a possibilidade de utilizá-la numa perspectiva evolucionista de substituição de um modelo por outro. Segundo ele, os quatro tipos encontram-se simultaneamente ao longo da história, verificando-se tão somente a preponderância de um, ou uns, sobre os demais¹.

Os historiadores alemães esclarecem que os germanos conheceram a noção de propriedade individual mobiliária, mas os imóveis não eram objeto de apropriação

¹ A título de exemplo cita a sociedade capitalista do sec. XIX, cuja maior parte da propriedade é individualista, mas permanecem sobrevivências das comunidades rurais dos séculos precedentes; e o Estado é, muitas vezes, o maior proprietário, possuindo tudo o que está no domínio público e mesmo no seu domínio privado (florestas dominiais, estradas, edifícios públicos, armas e municações, etc.)(GILISSEN, p.636, 2001).

individual. A forma de apropriação comunitária do solo, seja pelo clã, seja pela família, sobreviveu de forma rigorosa, com regras extremamente limitadoras da autonomia individual até o séc. XII. A partir daí, mais amena se tornou a privação do indivíduo no que diz respeito aos poderes exercidos sobre a coisa, o que perdurou até a Revolução Francesa.

No Direito Romano² a chamada propriedade *quiritária* representava o poder mais absoluto que o indivíduo poderia exercer sobre a coisa, não obstante sofresse algum tipo de limitação no que diz respeito ao direito de vizinhança e ao interesse social. Representou esse modelo de propriedade, que perdurou por todo o Império Romano, influência para a teoria moderna da propriedade individualista. Afirma Gilissen que:

Assim, no fim do império romano, a propriedade é do ponto de vista jurídico, muito individualista; mas, no plano dos fatos, um desmembramento da propriedade a favor dos detentores de direitos reais perpétuos anuncia a evolução medieval da instituição. (GILISSEN, 2003 p.640).

Há quem entenda, entretanto, que o modelo proprietário clássico-romano não representou, em sua essência, inspiração para o modelo proprietário moderno, conforme se pode observar da citação que se segue.

Nesse contexto, se existiu realmente uma propriedade exclusiva no direito romano, similar à propriedade privada moderna, esse instituto era limitado e não tinha a abrangência territorial que a doutrina do século XX parece aceitar. De qualquer forma, as sociedades clássicas não eram sociedades liberais, muito menos individualistas. Defender um sentido de continuidade entre as sociedades clássicas e as modernas sociedades liberais, para além de um objetivo de legitimação das práticas liberais, só pode gerar anacronismos. A propriedade, como nós a conhecemos nos códigos civis, é uma invenção moderna, não um suposto desenvolvimento da propriedade das sociedades clássicas. (OLIVEIRA; FLORES FILHO, 2008, p.235)

A propriedade exclusivíssima que pleitearam os modernos é não a sedimentação final de uma “evolução” da idéia de propriedade, mas uma invenção própria da modernidade. (OLIVEIRA; FLORES FILHO, 2010, p.88).

A monarquia Franca representou a aglutinação dos modelos proprietários germanos e romanos, apesar de predominar a concepção individualista romana. As terras chamadas de *proprium* ou *proprietas* passaram a se chamar *alódios*. Ambos

² A propriedade *quiritária* era a mais nobre das propriedades Romanas. Outras modalidades, entretanto, eram reconhecidas com requisitos, fundamentos e faculdades próprias (SOUZA, 2009 p.63).

os termos se referiam à plenitude da propriedade, sendo que o último perdurou por toda a Baixa Idade Média até a época moderna.

As tenências viabilizaram a utilização da terra por terceiros e, especialmente no sécs. VII ao XI, foram fator determinante para diminuição da importância das propriedades alodiais, que não chegaram a desaparecer por completo.

Os feudos (tenências de caráter militar e político), os censos (tenências de caráter econômico) e outros vinham tomando cada vez mais força, apesar das várias tentativas dos romanos de enquadrá-las nos moldes alodiais. Souza assim se manifestou sobre o assunto:

Assim, os feudos eram a fonte de todo o poder, riqueza e opulência dos senhores feudais. Novamente, a propriedade privada exercia papel fundamental na estrutura social daquela época, sendo utilizada, mais uma vez, como critério de seleção para a escolha dos líderes políticos daquela época. (SOUZA, 2009, p.65).

Do Feudalismo ao fim do Antigo Regime, entre os séculos X e XVIII, tem-se o estabelecimento dos direitos reais sobre coisas alheias, que a princípio mantinham concentrado grande poder nas mãos do proprietário (senhor), mas aos poucos foram cedendo espaço ao reconhecimento dos poderes dos *tenentes* (possuidores, exploradores da terra).

Segundo Gilissen:

A evolução prossegue no sentido de uma diminuição constante dos direitos do senhor, chegando a seu termo nos séc. XVII e XVIII: a partir do séc. XIV, os costumes consideram o tenente como verdadeiro proprietário, não sendo os direitos do senhor mais do que uma espécie de servidão que pesa sobre a terra. (GILISSEN, p. 645, 2003)

O Feudalismo chega ao fim³ com a Revolução Francesa, e o movimento traz consigo a libertação das terras, que por toda a Idade Média permaneceram gravadas por inúmeros encargos. A partir de então se retoma o modelo romano da propriedade individual, plena e livre.

Fachin discorre sobre essa nova forma de dominação burguesa, após a Revolução de 1789:

³ Noutros países, o sistema de propriedade medieval sobreviveu ao séc. XIX. Isso aconteceu na maior parte dos países da Europa central e oriental. No Canadá, em cuja parte francesa se mantinha o costume de Paris, o sistema Feudal sobreviveu até 1856. Em Inglaterra, o feudalismo só desapareceu com as grandes leis de 922 e de 1925 (*Real property law*), continuando, no entanto, o regime anglo-saxão dos bens impregnado da terminologia medieval (GILISSEN, p. 645, 2003).

A Revolução Francesa procurou dar um caráter democrático à propriedade, abolindo privilégios, cancelando direitos perpétuos, porém este fito da burguesia ficou diretamente condicionado aos seus interesses econômicos e políticos, de modo que a propriedade alterava suas concepções tradicionais para servir a uma nova classe social em busca de poder: a burguesia. A nova fórmula de dominação econômica e política do feudalismo, que sucedeu ao Estado Universal dos romanos, foi substituída pela Revolução Francesa com o império dos princípios de igualdade, soberania e justiça. (FACHIN, p.16, 1988)

A Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, confere à propriedade o status de “direito natural”, inviolável, absoluto, exclusivo, quase ilimitado, e essa foi a roupagem emprestada ao instituto pelo Código Civil Francês de 1804, disposta em seu art.544⁴. Também o Código Italiano de 1865 atribuiu à propriedade o direito de gozar e dispor da coisa de modo absoluto. Conforme assevera Gondinho:

O sujeito de direito do Estado Liberal é caracterizado pelo seu poder de contratar e dispor. O binômio contrato-propriedade é a marca principal do individualismo então reinante. O homem era livre para contratar, criando o direito de suas relações jurídicas privadas, e adquirir propriedades, apoderando-se de suas riquezas com a exclusão dos demais sujeitos de direito. Não importava para aquela sociedade que a liberdade contratual e a força máxima da propriedade resultassem em um número cada vez maior de sujeitos de direito despidos, materialmente, da possibilidade de contratar e dispor. (GONDINHO, p. 401, 2001).

Quanto ao Código Napoleônico, Oliveira e Flores Filho esclarecem apresentar o diploma legal um status moderno ainda tímido.

No Código Napoleônico, porém, a propriedade ainda não aparecia como instituto moderno já aperfeiçoado. Nessa consolidação civil o que se observa, em primeiro plano, é uma declaração, uma exaltação dos interesses que deveriam ser protegidos pelo direito privado que surgia como direito dos indivíduos modernos. Nesse sentido, a expressão “da maneira *mais* absoluta”, longe de ser apenas uma figura de linguagem contida no art. 544, é uma declaração de emancipação política em face dos poderes das estruturas políticas pré-modernas. No entanto, para ter vínculo definitivo com o pensamento moderno, faltava ainda ao Código Francês um maior afastamento do pragmatismo da Idade Média. Ao tratar dos direitos de gozar e dispor (*jouer et disposer*), o dispositivo legal em tela manteve uma ligação com o mundo real, com a necessidade de utilização da coisa; ao mesmo tempo, manteve o direito de propriedade como um poder limitado às faculdades que eram expressamente descritas. Diante dessa situação, pode-se dizer que a normatização de um conceito verdadeiramente moderno de propriedade, ou seja, de um conceito abstrato como convinha ao pensamento moderno, somente ocorreu no Código Civil Alemão. Afinal,

⁴ *Article 544 La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.* Em vernáculo: “Artigo 544 propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que não faça um uso proibido pelas leis ou regulamentos.”

o BGB, em seu § 903, enunciou que: “O proprietário de uma coisa pode, sempre que a lei ou o direito de um terceiro não se opuser, comportar-se a respeito dela como bem entender e excluir outros de qualquer intromissão”. (OLIVEIRA; FLORES FILHO, 2008, p.236-237)

Os vestígios da função social estavam diretamente ligados à exaltação da liberdade, conforme afirma Alvim:

Eu diria que o século XIX também teve uma função social. É claro, uma função social que se desgastou ao longo do tempo e se demonstrou insuficiente para resolver os problemas que vieram se avolumando desde a segunda metade do século XIX. Mas de qualquer maneira, nós podemos dizer que a marca da função social do século XIX, em relação ao direito de propriedade se mostrava como uma espécie de garantia da liberdade ou mesmo uma condição da própria liberdade. A propriedade colocou-se mesmo como condição da liberdade. (ALVIM, p. 13, 2006).

Paralelamente ao resgate da concepção romana da propriedade, vislumbrou-se durante os secs. XIX e XX uma evolução marcante no tratamento da propriedade. A título de exemplo, verifica-se a Constituição belga, que impôs limites ao proprietário diante da utilidade pública. A esse respeito:

A primeira grande crítica de cunho ideológico sofrida pela propriedade burguesa deve-se ao marxismo, que concebeu a propriedade como elemento mobilizador da riqueza, objeto de troca e de supremacia do capital sobre o trabalho. (GONDINHO, p. 401, 2001)

Ainda quanto às mudanças de paradigmas no tocante à propriedade, a ponderação que se segue.

[...] a economia de guerra da 1ª Grande Guerra Mundial, que trouxe pela primeira vez consigo graves restrições à liberdade contratual e à liberdade de utilização da propriedade, ao publicizar a comercialização de quase todos os bens e ao tomar medidas legislativas relativas à carência de habitação. (WIEACKER, 1993, p. 631-631).

Pode-se citar, ainda, a anulação dos latifúndios como marco da evolução da propriedade na extinta União Soviética, que redundou, em 1918, na declaração das terras como de propriedade estatal. Apesar de a Constituição Soviética de 1936 reconhecer modalidades de propriedades pessoais, como a familiar, por exemplo, mantêm-se como mais importantes as chamadas propriedades socialistas.

Fachin (p. 17, 1988) esclarece que a Constituição de Weimar⁵ de 1919 foi pioneira ao elevar a idéia de função social da propriedade à categoria de princípio jurídico, seguindo os mesmos passos a Constituição Italiana de 1947.

Alvim (p.14-15, 2006), por sua vez, menciona a Constituição Mexicana de 1917 como a primeira que procurou esboçar um modelo de bem-estar social. Segundo o art. 27, § 3º, do referido diploma, é dever do Estado intervir na esfera privada do direito de propriedade sempre que o bem público o recomendar.

A socialização da propriedade passa a sofrer influências canônicas, marcadas principalmente pela orientação eclesiástica da encíclica papal *Mater et Magistra*, de João XXIII, de 1961. Ventilava-se a possibilidade de se gravarem as propriedades com uma hipoteca social. (GOMES, 1988, p. 109). Nesse sentido, Fernando Bastos de Ávila ao discorrer sobre o significado do termo *hipoteca*, descreve:

Do grego *hypo* - sob + *íffemí* - ponho, pôr sob. É a sujeição de bens Imóveis ao pagamento de uma dívida e, por extensão, à própria dívida que resulta desta sujeição. O termo entrou na DSI através da expressão usada por João Paulo II, quando falou na "hipoteca social", que pesa sobre a propriedade. A propriedade é um direito natural e legítimo. Entretanto, como um bem, está sujeita a uma dívida social, no sentido de que deve servir não exclusivamente à satisfação do proprietário, mas também à promoção dos outros, especialmente daqueles que, não tendo propriedade, vivem exclusivamente do trabalho. Existe assim 'uma hipoteca social que grava toda propriedade' (João Paulo II, Discurso inaugural de Puebla, 28-1-1979).(AVILA, 1991, p.220)

No Brasil, as constituições, de alguma maneira, contemplaram a relativização do direito de propriedade, conforme se demonstra a seguir.

A Constituição de 1824, art. 179, XXII atribuía caráter absoluto ao direito de propriedade, mas previa a possibilidade de desapropriação por exigência do bem público; a Constituição de 1891, art. 72, também autorizava a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, o que apenas denota a falta de ousadia do então poder constituinte.

A Constituição de 1934, inspirada no modelo constitucional alemão da República de Weimar, afirma em seu art.113, 17, que a propriedade não poderá ser exercida contra o interesse social ou coletivo, o que não mencionou a Constituição de 1937, que em seu art. 122, 14, faz menção somente ao conteúdo e limite do direito de propriedade, que deveriam ser devidamente regulamentados.

⁵ Seu art. 153 estabelecia que "a propriedade obriga e o seu uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função no interesse social".

O texto constitucional de 1946 demonstra fidelidade a essa inclinação e determina, em seu art. 147, que o exercício do direito de propriedade estará condicionado ao bem-estar social e permite a promoção da justa distribuição da propriedade.

A expressão “função social da propriedade” foi ventilada pela primeira vez na Constituição de 1967 e, após, na Emenda Constitucional de 1969, muito embora o tenham feito instituindo-a como princípio fundamentador da ordem econômica e social e não, como hoje, inserida no contexto dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XXIII). A esse respeito Tepedino assevera que:

A prescindir das pressões exercidas sobre a Assembléia Constituinte e das possíveis intenções dos grupos sociais correspondentes, o texto inovou de forma provavelmente sem precedentes, quase quinze anos antes do codificador de 2002, no sentido de funcionalizar a propriedade aos valores sociais e existenciais. (TEPEDINO, 2004, p. 309)

Com o fim do regime autoritário na década de 80, implementaram-se novas bases reivindicatórias no contexto social, as quais receberam respostas expressas pela Constituição da República de 1988, que, dentre outras coisas, impôs tratamento diferenciado à propriedade privada. Seus reflexos econômicos e sociais passam a sofrer a influência de princípios solidaristas e intervencionistas⁶, pautados na dignidade da pessoa humana.

Nem todos os civilistas, entretanto, atentaram para tais imperativos constitucionais. O reconhecimento de tais alterações só foi verificado a partir do Código Civil de 2002, o qual evidenciou em seus dispositivos o que a Constituição já estabelecia. Mattiello explica a razão de tal resistência:

O Código Civil, lei burguesa por definição, era a constituição das relações privadas, esteio das relações econômicas, nas quais não deveria interferir o Estado, mesmo para não alterar a “ordem natural das coisas” e dos seus mecanismos de apropriação (MATTIETTO, 2005, p.191).

A ingerência de normas constitucionais sobre as relações privadas justifica, de certa maneira, a insensibilidade inicial dos civilistas perante tamanha inovação. Seja pela resistência relativa à intervenção estatal, seja pelo temor diante da

⁶ Dentre as disciplinas trazidas pela CR/88 estão a utilização da propriedade urbana e rural (arts. 182 e ss e 184 e ss), a desapropriação para fins de reforma agrária (art. 185, I), vedação de penhora da propriedade familiar rural (art. 5º, XXVI), usucapião especial (arts. 183 e 191), proibição da desapropriação para fins de reforma agrária de propriedades produtivas (art. 185, II).

publicização do direito privado, o fato é que por muito tempo a ótica solidarista não fora objeto da atenção dos civilistas.

O até então vigente Código Civil de 1916 se apropriou da estrutura, do perfil e da linguagem dos códigos europeus do séc. XIX (ALVIM, 2006, p. 11). Nesse sentido, recorrentes eram as normas pormenorizadas e enumerativas, que almejavam maior e suposta segurança jurídica, não se verificando as chamadas cláusulas gerais, dentre as quais se estabelece a noção de função social.

O Brasil, assim como os países europeus, admitiu uma política mais intervencionista, especialmente após os anos 30 (primeiro pós-guerra) e passou desde então a criar instrumentos para viabilizar uma justiça distributiva.

A par do conteúdo⁷ estrutural da propriedade, trazido pelo Código Civil de 1916 e repetido pelo seu sucessor, hoje a propriedade apresenta em sua constituição um elemento funcional materializado pela “função social da propriedade”.

Essa necessidade de socialização dos direitos privados já se evidenciou no anteprojeto de Código Civil, cuja exposição de motivos de 19 de março de 1973, apresentada pelo Supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil, Miguel Reale, frisou a necessidade de algumas reformulações em virtude do desatualizado entendimento da função social da propriedade. As alterações nesse sentido foram pormenorizadas na exposição de motivos complementar do prof. Ebert Vianna Chamoun, sobre o Direito das coisas.

Nada justifica que, num Código Civil elaborado sob o influxo dos valores do trabalho e do desenvolvimento nacional, ainda se mantenham uma compreensão individualista da propriedade, que a Constituição assegura como direito individual a ser exercido nos limites do bem comum. (COMISSÃO DE ESTUDOS LEGISLATIVOS. 1973 p. 15)

A mensagem nº 160, de 10 de junho de 1975, foi enviada pelo então Presidente da República, Ernesto Geisel, aos membros do Congresso Nacional, para deliberação acerca do projeto de lei que instituiria o Código Civil em substituição ao então vigente, acompanhado da exposição de motivos do Senhor

⁷ O art. 524 do Código Civil de 1916 e o 1228 do Código Civil de 2002 indicam os chamados elementos internos ou econômicos do domínio, que dizem respeito à possibilidade de o proprietário usar, fruir e dispor da coisa e, também, o elemento externo ou jurídico, referente à possibilidade de reivindicá-la.

Ministro de Estado de Justiça e do Supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil.

O referido projeto, conforme se afirmou na exposição de motivos, resultou de longos e dedicados estudos e também da troca de ideias e experiências que se viabilizaram graças a duas publicações prévias do anteprojeto (07/08/72 e 18/06/74), que permitiram a manifestação e contribuição de diversos círculos jurídicos e que levaram a correção e complementação dos anteprojetos anteriores.

Armando Falcão, à época Ministro da Justiça, submeteu à apreciação do Presidente da República sua exposição de motivos (06/06/75) dentre as quais apresentou

Alínea f: Atualizar, todavia, o Código vigente, não só para superar os pressupostos individualistas que condicionaram sua elaboração, mas também para dotá-lo de institutos novos, reclamados pela sociedade atual, nos domínios das atividades empresariais e nos demais setores da vida privada.

Alínea i: Não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade, deixando para a legislação aditiva a disciplina de questões ainda objeto de fortes dúvidas e contrastes, em virtude de mutações sociais em curso, ou na dependência de mais claras colocações doutrinárias, ou ainda quando fossem previsíveis alterações sucessivas para adaptações da lei à experiência social e económica.

Alínea p: Dar ao Anteprojeto antes um sentido operacional do que conceitual, procurando configurar os modelos jurídicos à luz do princípio da realizabilidade, em função das forças sociais operantes no País, para atuarem como instrumentos de paz social e de desenvolvimento.

A redação final do projeto de 1975 foi aprovada em maio de 1984, entretanto o novo Código Civil, cuja lei foi aprovada em 2002, somente entrou em vigor em 2003. Apesar do surgimento tardio e de sua sobreposição sobre vários fatores sociais relevantes desencadeados ao longo desse tempo, despiu o tratamento da propriedade privada do materialismo que a caracterizava, impondo limites e estabelecendo funções que a reestruturaram. Nesse sentido, Mattietto;

O Código Civil, ao dispor sobre o direito de propriedade, admite a noção de propriedade-função, ao reconhecer que o direito deve ser exercido de acordo com as suas finalidades económicas, sociais e ecológicas. Abre-se, destarte, a perspectiva de renovação do próprio conceito de propriedade, tarefa que não é fácil, diante de um instituto que tem, por trás de si, séculos de história (MATTIETTO, 2005, p. 189).

E ainda, Tepedino:

Com a Constituição de 1988, ao revés, da mesma forma como aconteceu na Itália de 1948, nasce legitimamente a suspeita que de crise não se possa mais falar porque o legislador não pretendeu conciliar o interesse proprietário com um programa social, inserido, no caso brasileiro, no âmbito da 'Política Urbanística' e da 'Política Agrária' (arts 182 e 184, CF), mas submeteu os interesses patrimoniais aos princípios fundamentais do ordenamento (arts. 1º e 5º, CF). (TEPEDINO, 2004, p. 322)

Verifica-se a título de conclusão histórica que a função social da propriedade é conceito relativo e historicamente maleável, de acordo com a doutrina e o sistema positivo de cada época (PEREIRA, 2008, p.219).

3 O REAL SENTIDO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Paralelamente à técnica legislativa de elaboração de regras específicas e circunstanciais, coloca-se a metodologia das cláusulas gerais, elaboradas de maneira propositadamente vaga para propiciar maior flexibilidade interpretativa ao aplicador do direito.

O título do presente trabalho “O princípio da função social da propriedade como máscara⁸ para a legitimação do controvertido instituto da Expropriação Judicial” pretendeu indicar a indevida ou desvirtuada utilização de expressões vagas utilizadas no contexto da norma em comento.

A socialização da propriedade foi concebida em nosso sistema jurídico constitucional desde 1934, mas com contornos mais evidentes somente em 1988. Impondo-se como princípio, a função social se explica de maneira fluida e abstrata exigindo, para sua aplicação, a densificação de seu conteúdo, buscada na análise e resolução do caso concreto.

A análise etimológica das palavras “função” e “social” nos permite entender a expressão da seguinte maneira:

O substantivo *função* – *functio*, na língua matriz – “é derivado do verbo depoente *fungor* (*functus sum, fungi*), cujo significado primigênio é de cumprir algo, ou desempenhar-se de um dever ou uma tarefa. A ligação do verbo com a noção de múnus público era, de resto, corrente nos clássicos latinos”. (COMPARATO, 1996, p.39)

Ainda no tocante à etimologia a seguinte colocação:

No que toca à segunda palavra do conceito – *social* -, vale uma nota, ainda que breve. A propriedade função é um dever realizável no desempenho de um proveito social [...]. É importante a análise desse vocábulo (*social*) na medida em que, contraposto à noção de uma função “pública” da propriedade, com esta não se confunde. Como se sabe cada palavra tem seu significado muito particular no Direito, pelo que deve ser levada na devida conta a intenção do legislador em dar denominações diferentes a categorias diferentes. Essa compreensão exige uma atenção mais acurada, ainda, que a já requerida na máxima de que “a lei não contém palavras supérfluas ou desnecessárias. (MATTOS, 2006, p. 46).

⁸ Desmascarar é às vezes caracterizado como uma abordagem baseada na prática, no sentido de que afirma que as descrições dos teóricos do que ocorre no Direito são falsas ou enganosas no que diz respeito a que são efetivamente as nossas práticas (o que está “*realmente* acontecendo”). (BIX, 2000, p. 220).

A par disso, é preciso ter em mente que a idéia jurídica de função é sempre a de uma atividade cujos efeitos benéficos projetam-se para além do universo de interesses secundários daquele que a exerce. (BRITTO, 1989, p.47).

No ordenamento jurídico vigente é possível apontar, como indicadores da função social da propriedade urbana, os artigos 5º, XXIII, 170, III e 182 da CR/88, cujo conteúdo mínimo é dado pelo Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) e complementado pelo Plano Diretor de cada Município (quando for o caso) e, em se tratando de propriedade rural, no Estatuto da Terra de 1964, posteriormente reafirmado pela CR/88. Segundo Viana a implementação dos referidos institutos deve ser criteriosa.

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. Desse modo, cabe verificar se a área em berlinda é apta para moradias dignas, com real e adequado aproveitamento e, em se tratando de imóvel rural, se a propriedade é produtiva e racionalmente utilizada. Assim, os ocupantes deverão ter realizado, no local, obras e serviços que devem ser considerados de *interesse social e econômico relevante*. Não há que se perder de vista os princípios constitucionais a respeito da função social da propriedade urbana e rural (arts. 182, 1183 e 186) (VIANA, 2003, p.52-53)

No que tange ao instituto da expropriação judicial, como se poderá observar em outros momentos deste trabalho, a justificativa de sua criação se pauta essencialmente pelo atendimento ao princípio da função social, seja penalizando o proprietário por sua inércia, seja prestigiando os possuidores pela “destinação útil” dada à coisa, entretanto tal justificativa acaba mascarando as irregularidades e imprecisões da norma.

Não se questiona a necessidade de se criarem instrumentos viabilizadores da função social, afinal trata-se de imperativo constitucional de extrema importância diante da premente necessidade de regularização fundiária urbana e rural em nosso país. Acredita-se, entretanto, ser cogente sua coexistência com outros princípios e regras constitucionais, além da coerência com a finalidade a que se propõe.

Nesse sentido objetiva-se, a partir de agora, entender o real sentido da função social, com o propósito de identificar seu alcance e os limites de sua aplicabilidade dentro dos contornos de nosso Ordenamento Jurídico, de modo a não permitir o desvirtuamento de sua verdadeira finalidade.

Em um breve histórico acerca da socialização da propriedade, pode-se apreender que esta se estabeleceu de alguma maneira em vários contextos históricos. Entretanto, a referida socialização nem sempre carregou o mesmo sentido ou propósito, motivo pelo qual nos ateremos a partir de agora à noção estabelecida a partir de 1988 com a Constituição da República.

Hoje, de fato, a posse é concebida como um instituto independente da propriedade, além de apresentar em seu conteúdo a função social inerente. Trata-se de fruto do fato social, instrumento de desenvolvimento da personalidade humana e, por tais razões, coerente que seu exercício deva se pautar pelos objetivos do Estado Democrático de Direito.

Ainda que não formalizada expressamente, como o fez o legislador ao tratar da função social da propriedade, não se discute o reconhecimento da função social da posse, nem tampouco sua importância na concretização dos preceitos constitucionais fundamentais. Destarte, o conceito de posse, assim como sua interpretação, merece ser informado pelos princípios constitucionais. Dessa maneira a concebe Albuquerque:

Apesar da função social da posse não carecer imediatamente de preenchimento legislativo explícito específico, pois, como vimos, é direito positivado através da norma constitucional inclusiva prevista no § 2º do artigo 5º da Constituição Federal; contudo, merece ainda intensa concretização através da proliferação de decisões com uma sólida base argumentativa e metodológica. (ALBUQUERQUE, 2002, p. 221)

Com relação à função social da propriedade importa, a princípio, situar o seu papel. Seria ela um limitador dos poderes inerentes à propriedade, ou representaria um de seus elementos constitutivos?

Acredita-se não ter conseguido o legislador alçar a função social como elemento constituinte da propriedade, pois, caso contrário, muitos titulares do referido direito o perderiam, por serem apenas formalmente proprietários, e não materialmente. De fato, a propriedade se caracteriza pela perpetuidade, de modo que não será perdida pelo mero não uso. Tal afirmativa não confronta a idéia da usucapião, pois esta tem como foco a conduta ativa do usucapiente e não a passiva do usucapido. Entretanto, a partir da análise do caso concreto, pode-se verificar a afronta ao princípio da função social. Nessa situação não se perde a propriedade propriamente dita, mas a possibilidade de defendê-la. (FARIAS; ROSENVALD, 2010).

A esse respeito:

Dessa maneira, em muitos países, inclusive no Brasil, o direito de propriedade passou a incorporar a função social como um elemento externo, uma restrição dos poderes do proprietário em situações nas quais deveria prevalecer o interesse social.

Esse passou, então, a ser o discurso oficial sobre o tema.

Acontece, todavia, que a função social também tem um aspecto ampliativo. Esse outro aspecto, que Oliveira Ascensão denomina de “impulsionador”, torna mais amplo o direito do proprietário, quando direcionado a cumprir funções sociais específicas. Nesse sentido, o direito de propriedade sobre um bem que serve à moradia da família pode receber uma proteção ainda maior em face da intervenção de terceiros ou do Estado, que o direito que incide sobre um bem que não desempenha essa função (OLIVEIRA; FLORES FILHO, 2008, p.238)

Não obstante, reconhece-se ser esse o papel ideal da função social, qual seja, o elemento interno, constituinte do instituto da propriedade ou, ainda, esclarece Oliveira e Flores Filho:

A função social da propriedade não é um elemento externo à propriedade privada. Ela é a resposta à pergunta “para que serve a propriedade?” Por isso, a função social não pode significar uma simples restrição aos interesses do indivíduo, ao contrário tem de identificar o exato motivo pelo qual protegemos esses interesses.

Não se pode falar em contraposição de um direito individual aos interesses da sociedade, porque todos os direitos são criados para satisfazer uma necessidade que, enquanto necessidade de seres humanos em sociedade, é uma necessidade social. (OLIVEIRA; FLORES FILHO, 2008, p.238)

Daqui a alguns tempos, talvez, a noção acerca da funcionalidade da propriedade possa tomar outras proporções, a ponto de sua ausência comprometer a titularidade do indivíduo. Por agora, a função social representa um fator de limitação aos poderes do proprietário, que bem ou mal ainda o continuará sendo, ainda que não os exerça devidamente. Pode-se, ainda, considerá-la conteúdo global da disciplina da propriedade (PERLINGIERI, 2002, p.226).

Outro entendimento acerca da função social foi, de maneira objetiva e precisa, expressado pelo professor César Fiuza segundo o qual a idéia em si não pode ser considerada nova.

Se um indivíduo pode dizer-se dono de algo, é porque os outros indivíduos não o são. A propriedade existe em função das outras pessoas. Ninguém é dono de nada, a não ser que viva em sociedade. E é a essa sociedade que se devem render tributos. (FIUZA, 2004, p.718)

Na linha tradicional tem-se interessante entendimento que considera a função social como elemento funcional capaz de alterar a estrutura do domínio e valorar o exercício do direito (TEPEDINO, 2004, p. 319). Nesse sentido, a função social serviria como critério de avaliação da qualidade do exercício de poderes do proprietário para definição da extensão da tutela que lhe será destinada e não, necessariamente, para consideração ou não da condição de proprietário.

Daí decorre que quando uma certa propriedade não cumpre sua função social não pode ser tutelada pelo ordenamento jurídico. Vale dizer que não somente os bens de produção, mas também os de consumo possuem uma função social, sendo por esta conformados em seu conteúdo – modos de aquisição e de utilização. (TEPEDINO, 2004, p.319-320)

Fachin também relaciona a função social com o exercício dos poderes do proprietário

A função social relaciona-se com o uso da propriedade, alterando, por conseguinte, alguns aspectos pertinentes a essa relação externa que é o seu exercício. E por uso da propriedade é possível apreender o modo com que são exercitadas as faculdades ou os poderes inerentes ao direito da propriedade. [...] A doutrina da função social da propriedade corresponde a uma alteração conceitual do regime tradicional; não é, todavia, questão de essência, mas sim pertinente a uma parcela da propriedade que é a sua utilização. (FACHIN, 1988, p.17,18)

Os limites impostos pela função social não estão necessariamente ligados à idéia de abstenção. Assim, podem ser considerados “*limites positivos*”, pois são promocionais e indicam ao proprietário o que ele deve fazer para ter uma propriedade legítima jurídica e materialmente. Existem também os chamados “*limites negativos*”, pois se referem ao que o proprietário não pode fazer, sob pena de perder a legitimidade formal e material de sua propriedade, o que pode ser perfeitamente observado nos direitos de vizinhança. (FARIAS. ROSENVALD, 2010)

Diante disso, assume o princípio da função social duas funções, quais sejam; *função dinâmica*, de retirar a propriedade da ociosidade, da especulação, fazendo com que ela atenda às expectativas sociais, e *função de controle*, na qual o proprietário tem seus poderes controlados pela exigência de atendimento à função social.

Poder-se-ia questionar a legitimidade do direito de propriedade, do ponto de vista social, mas, por enquanto, não se pode declarar sua inexistência. Isso não

afasta, entretanto, o reconhecimento da chamada propriedade “plena”, qual seja, identificada como formal e material. Nesse sentido:

Verifica-se que direitos subjetivos como o de propriedade, submetidos outrora unicamente ao império da vontade de seu titular, recebem atualmente uma normatização constitucional, em se determinando sua função social, obrigando o proprietário e relativizando esse caráter e direito subjetivo perpétuo e indene ao fator social. (ALBUQUERQUE, 2002, p. XVII)

Diante de eventual colisão entre os princípios da função social da posse e da função social da propriedade, será buscada a solução pautada no princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, a partir da ponderação de bens e valores do caso concreto.

Ressalta-se, entretanto, que não trata o presente estudo da análise da colisão entre tais princípios. Reconhecidamente, a situação concreta descreve a condição proprietária bem mais frágil do que a possessória, vez que o proprietário de fato não exerce a função social, diante de uma coletividade que o faz. Vale lembrar, entretanto, que o ponto de questionamento se pauta na forma por meio da qual legislador pretendeu prestigiar a função social da posse.

O problema não está em se reconhecer a função social da posse, e sim em admitir que ela sirva de subterfúgio para irregularidades jurídicas. Ainda que a função social, no caso em análise, eleve o princípio da dignidade da pessoa humana, não só desta necessita o Estado Democrático de Direito para viabilizar uma sociedade justa, livre e respaldada por um mínimo de segurança jurídica. Aliás, a violação de outros preceitos constitucionais pode redundar na violação da dignidade humana.

Acredita-se, portanto, que a importância concedida à posse nos dias atuais, pelo que ela representa em si, dispensa a criação de institutos “mirabolantes”, que visem a garantir sua valorização. Institutos historicamente consagrados, como a usucapião, já cedem espaço à valorização da posse como instituto autônomo, ainda que com vistas a garantir a propriedade dos possuidores.

A justiça das soluções não consiste apenas em garantir a possibilidade de acesso à posse ou à propriedade, mas em permitir esse acesso com o reconhecimento de institutos legítimos do ponto de vista social, formal e axiológico. Mattos pondera acerca da prática jurídica nesse aspecto:

Pelo fato de a função social da propriedade ser uma norma-princípio, e em razão do termo *princípio* ser utilizado ainda, na ciência jurídica, com múltiplas acepções, torna-se comum a confusão de conceitos e de idéias que acaba levando a uma frustração na prática jurídica, sobretudo a judicial, ou, por outro lado, à sonegação, por uma prática inequívoca, de direitos ou de situações protegíveis pelo sistema jurídico posto (MATTOS, 2006, p. 55)

De fato, a era da solidarização está sendo vivenciada e, segundo Perlingieri (2002, p. 226), pauta-se não somente em uma solidariedade social, mas também política e econômica. O conteúdo da função social assume um papel promocional, de modo que a disciplina e interpretação das várias facetas assumidas pela propriedade atuem para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento.

Quanto à constituição do princípio da função social, Mattos (2006, p.39) esclarece não carregar aquela somente natureza jurídica de princípio constitucional, mas também política, ideológica e social, como de resto todas as demais normas de qualquer sistema jurídico.

No caso específico da função social da propriedade, essa natureza política, ideológica e social é normativamente predominante e deve ser eficaz no plano da prática jurídica, sobretudo jurisprudencial (MATTOS, p. 39). Valendo-se, ainda, das lições de Rodotá, registra-se a seguinte passagem em sua obra:

[...] la función social de la propiedad se manifiesta, em el tiempo presente y em los países de democracia occidental. Como el instrumento a través del cual una sociedad que reconoce la propiedad privada de los bienes trata de dar a ésta un amplio respiro para extraer de ella las oportunas ventajas. Considerada no como finalización de todo derecho (como se entiende em algunos países regidos por ordenamientos de tipo socialista), sino como um elemento Del derecho de propiedad, la función social demuestra ser uma característica típica del sistema jurídico capitalista. (RODOTA, 1986, 222-223)⁹

Buscando justificativa no sistema fundiário capitalista, Orlando Gomes assim se pronuncia:

Para os socialistas autênticos, a fórmula função social, sobre ser uma concepção sociológica e não um conceito técnico jurídico, revela profunda hipocrisia, pois mais não serve do que para embelezar e esconder a

⁹Em vernáculo: “A função social da propriedade se manifesta, no tempo presente e nos países de democracia ocidental. Como o instrumento através do qual uma sociedade, que reconhece a propriedade privada dos bens, trata de dar a esta um amplo espaço para extrair dela os benefícios apropriados. Considerada não como a conclusão de todo o direito (como se entende em alguns países de ordenamento socialista), mas como elemento do Direito de propriedade, a função social demonstra ser característica típica do sistema jurídico capitalista.”

substância da propriedade capitalista. É que legitima o lucro ao configurar a atividade do produtor de riqueza, do empresário, do capitalista, como exercício de uma profissão no interesse geral. Seu conteúdo essencial permanece intangível, assim como seus componentes estruturais. A propriedade continua privada, isto é, exclusiva e transmissível livremente. Do fato de poder ser desapropriada com maior facilidade e de poder ser nacionalizada com mais desenvoltura não resulta que a sua substância se estaria deteriorando. (GOMES, 1988, p. 109)

Tepedino opina acerca da manutenção do caráter essencialmente privado da propriedade nos seguintes termos:

Por um lado permanece viva ainda hoje a resistência à excessiva ingerência do Estado na Economia. Não se pode deixar de registrar certa dose de temor da doutrina em relação à publicização do direito privado, reproduzindo, em grande parte, o debate ocorrido na Itália após a promulgação da Constituição de 1948, e intensificado nos anos 60. Por outro lado, alguns entrevêm na ordem econômica e social da Constituição um perfil corporativista e conservador. A garantia constitucional da propriedade privada representaria uma ameaça aos projetos de reforma social. (TEPEDINO, 2004, p.312)

Apesar das várias resistências que se possam apresentar, não será possível ao legislador ordinário esquivar-se da proteção da pessoa humana, de acordo com os princípios e objetivos fundamentais da República, fixados nos arts. 1º e 3º. A tais preceitos, que representam os princípios informadores de todo o tecido constitucional, há que acrescentar os direitos fundamentais já mencionados, estabelecidos no at. 5º XXII e XXIII concernentes ao direito de propriedade e sua função social (TEPEDINO, p. 310, 2004).

No mesmo sentido, Mattos:

É evidente, por outro lado, que a forte carga axiológica intrínseca ao conceito de função social da propriedade exigirá que outros elementos jurídicos – ou mesmo, metajurídicos – sejam utilizados para preencher seu conteúdo. Como elementos jurídicos, outros princípios – não menos abstratos, é verdade, para a euforia (ou tristeza) dos céticos – servem de balizadores para a do princípio da função social da propriedade e, entre eles, encontram-se não apenas todos os princípios fundamentais da República, mas, sobretudo, o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição). (MATTOS, 2006, p. 42-43)

A necessidade de evolução no trato da propriedade é reconhecida a partir do reconhecimento de um direito individual

Sin embargo, la propiedad es una institución jurídica que se há formado para responder a una necesidad económica, como por otra parte todas las instituciones jurídicas, y que evoluciona necesariamente com las necesidades económicas mismas. Ahora bien, em nuestras sociedades

modernas la necesidad econômica, a la cual há venido a responder la propiedad institución jurídica debe transformarse también. La evolución se realiza igualmente aqui em el sentido socialista. Está tambien determinada por uma interdependência cada vez más estrecha de los diferentes elementos sociales. De ahí que la propiedad, por decirlo así, se socialice. Esto no significa que llegue a ser colectiva em el sentido de las doctrinas colectivistas; pero significa dos cosas: primeramente, que la propiedad individual deja de ser um derecho del individuo, para convertirse em uma función social; y em segundo lugar, que los casos de afectación de riqueza a las colectividades, que jurdicamente deben ser protegidas, son cada día más numerosos. (DUGUIT, p. 235-236)¹⁰

Miguel Reale, ao comentar o Livro III, Do Direito das Coisas, em sua exposição de motivos apresentada na década de 70, apontou a hermenêutica do novo texto no que diz respeito à implementação do princípio da função social.

Por essa razão, o Anteprojeto, tanto sob o ponto de vista técnico, quanto pelo conteúdo de seus preceitos, inspira-se na compreensão solidária dos valores individuais e coletivos, que, longe de conflitarem, devem se completar e se dinamizar reciprocamente, correspondendo, assim, ao desenvolvimento da sociedade brasileira, bem como às exigências da ciência jurídica contemporânea. (REALE, 1999, p. 51)

Nesse momento de reflexão, a análise acerca da coexistência ou sobreposição de princípios constitucionais merece espaço e atenção. É sabido não haver hierarquia entre princípios constitucionais, senão uma conformação ao caso concreto diante de situações conflitantes.

A existência simultânea desses princípios, de alguma maneira, os correlaciona e cria uma interdependência entre eles. Assim princípios de ordem patrimonial, como o da função social, servem para viabilização de princípios de ordem existencial como o da dignidade da pessoa humana, o que se estabelecerá por meio de princípios de ordem formal-processual como o do devido processo legal, dentre outros que balizam o Estado Democrático de Direito.

¹⁰ Em vernáculo: “No entanto, a propriedade é uma instituição jurídica que foi formada para responder a uma necessidade econômica, como por outra parte todas as instituições jurídicas, e que evolui necessariamente com as necessidades econômicas. Mas nas nossas sociedades modernas a necessidade econômica, a qual a propriedade há de responder como instituição jurídica, deve transformar-se também. O desenvolvimento também é feito aqui no sentido socialista. Está também determinada pela interdependência, cada vez mais estreita, dos vários elementos sociais. Daí a propriedade, por assim dizer, é socializada. Isso não significa que chegue a ser coletiva. No significado das doutrinas coletivistas, mas isso significa duas coisas: primeiro, que a propriedade individual deixa de ser um direito dos indivíduos para se tornar uma função social, e em segundo lugar, que os casos de afetação da riqueza das coletividades, que devem ser protegidos jurdicamente, são cada dia mais numerosos.”

Naturalmente, o princípio do solidarismo social não importa menosprezo pelos direitos individuais, mas uma tendência ao equilíbrio entre o valor da dignidade da pessoa humana e os valores coletivos. (LIMA, 2003, p.256)

A par da coexistência de princípios de vulto constitucional, o estudo deve se voltar para a relação direta desses princípios, em especial o da função social, com as normas infraconstitucionais que pretendem operacionalizá-los ou viabilizá-los.

A teoria da predominância hierárquica das normas nos informa que as normas constitucionais, apresentando-se como regras ou princípios, mostram-se como fundamento interpretativo das infraconstitucionais, não cabendo a estas o papel central no processo interpretativo, como acontecia em outros momentos jurídicos.

Ainda que concebido como uma premissa maior ou fundamento a ser observado, o princípio, diferentemente da regra, não pode ser aplicado diretamente a uma situação específica antes de ser contextualizado. Nesse sentido Lorenzetti:

Nesse sentido, o princípio é excessivo, expressa demais porque é uma aspiração, são critérios de valoração que se caracterizam por um excesso de conteúdo deontológico. E por esta razão deve ser medido, estabelecendo sua relação com outros princípios e regras, para chegar a um conteúdo. Este conteúdo é estabelecido mediante um juízo de ponderação com outros princípios. (LORENZETTI, 1998, p. 317)

Segundo Gondinho (2001, p.421) são três os destinatários da função social: o proprietário, o juiz e o legislador. Ao primeiro serve como norteador de conduta, ao segundo como critério de interpretação e aplicação do direito e, ao último, a imposição de elaboração de normas que inibam o exercício abusivo do direito de propriedade e que propiciem ao proprietário perseguir os objetivos constitucionais relevantes.

Ao comentar a conformação dos estatutos proprietários e o controle de legitimidade, Perlingieri (2002, p.227) assevera que a função social se apresenta como causa de legitimação ou de justificação das intervenções legislativas que devem sempre ser submetidas a um controle de conformidade constitucional.

A sua linha de entendimento eleva a função social como fator de controle atribuído ao poder legislativo, cuja atuação deve ser coerente, idônea e razoável.

Mediante o juízo de conformidade da lei ordinária à função social, se realiza o controle de legitimidade constitucional. Este tende a verificar se o órgão legislativo, ao realizar uma avaliação dos fins de utilidade geral e dos meios para realizá-los, não tenha sido orientado "por critérios ideológicos, arbitrários e contraditórios" [...] (PERLINGIERI, 2002, p. 227)

O referido autor reconhece a função social como critério de interpretação da disciplina proprietária a ser utilizado por magistrados e demais operadores do direito. O intérprete deve não somente suscitar formalmente as questões de duvidosa legitimidade das normas, mas também propor uma interpretação conforme os princípios constitucionais. (PERLINGIERI, 2002, p. 227-228).

Ultrapassada a análise da conformação da função social com outros princípios de ordem constitucional, questiona-se: O que efetivamente representa o interesse social?

Em que medida se vê respeitada a função social da propriedade ou ainda o atendimento do interesse coletivo uma vez que o instituto em comento redundaria ao final das contas em benefício para o proprietário desidioso?

Ora, se o proprietário se vê na iminência de perder a propriedade, que pode ser buscada pela usucapião coletiva, providenciará o ajuizamento da ação reivindicatória, restando-lhe duas possibilidades: obter êxito na referida ação, ou na pior ou “melhor” das hipóteses ser indenizado pela coletividade ou pelo Estado conforme será apreciado.

De um lado o proprietário que por anos a fio desobedeceu ao imperativo constitucional da função social da propriedade e, de outro, a coletividade que poderia ser prestigiada pela destinação útil dada ao imóvel, por meio de sua aquisição sem ônus, e que, pela inovação legislativa, se vê na obrigação de indenizar o proprietário pela aquisição da propriedade.

A partir do instante em que a Constituição determinou que a propriedade deve atender a sua função social, nada mais seria preciso dizer para se concluir que a respectiva cláusula pétrea existe para vincular a atuação da propriedade, do proprietário e do próprio Estado, ao atingimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil em construir uma sociedade livre, justa e solidária, em garantir o desenvolvimento nacional, em erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais, em promover o bem de todos, e tudo isso, em última análise, consagrando a tutela da dignidade da pessoa humana (CR, art. 5º, XXII e XXIII) (RAMOS, 2009, p.4)

Função social é a utilização do bem para garantia das necessidades do respectivo titular sem que isso implique a violação de interesses e direitos alheios (RAMOS, 2009, p. 06).

Objetiva, clara e adequada se demonstra a definição de função social acima apresentada. Diante dela podem-se fazer os seguintes paralelos: de fato, na

situação descrita nos §§4º e 5º do art. 1.228, o proprietário não utiliza o bem para suprimento de suas necessidades. É imperioso ressaltar que o mero não uso do imóvel não acarreta a perda da propriedade, tendo em vista a sua perpetuidade, desde que, claro, não interceda a essa inércia um fator externo, como a sua utilização por terceiros.

Também é verdade que a subutilização ou a não utilização da terra representa, de certa forma, violação de direitos e interesses alheios na medida em que priva o interesse de outrem em dar destinação útil a terra até então ociosa.

Mas, mais adequado à situação seria viabilizar aos titulares de direitos e interesses prejudicados instrumentos verdadeiramente benéficos, ou pelo menos mais benéficos que o do instituto em comento, ou que de maneira mais coerente representassem a função social.

Em miúdos, a função social, (da propriedade ou da posse) será atendida quando a utilização do respectivo bem (móvel ou imóvel) estiver, direta ou indiretamente, adequada e em consonância com os preceitos constitucionais voltados à política urbana, à política agrícola e fundiária e da reforma agrária, à preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, à ordem e à atividade econômica, cumprindo, em qualquer hipótese, com suas finalidades sociais e econômicas, sem intenção deliberada de causar prejuízo a terceiros, e sempre tendo em vista os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e a concretização da dignidade da pessoa humana. (RAMOS, 2009, p.07)

A despeito das outras observações tecidas, e buscando resumir o que óbvio parece ser, tem-se que a última frase da citação anterior acaba por dismantlar a legitimidade do instituto, pois ainda que por vias transversas se identificasse o atendimento da função social, verificar-se-ia concomitantemente a violação de outros preceitos constitucionais, de igual importância, como será visto adiante.

A título de exemplo pode-se citar o princípio constitucional que garante a ampla defesa. Em se tratando de imóvel urbano não teria o proprietário o direito de promover o parcelamento do solo, conforme preceitua o Estatuto da Cidade, antecedendo tal procedimento a perda da propriedade? Isso não configuraria privação de direito do proprietário, sujeitando-o a uma situação pior do que aquela que a Lei lhe garante? Nesse contexto Freitas discorre:

Oportuno aduzir, como terceira diretriz ilustrativa em matéria de interpretação constitucional sistemática, que *o intérprete precisa considerar, ampliativamente, o inafastável poder-dever de prestar a tutela jurisdicional, de sorte a garantir, ao máximo, o acesso legítimo à sua prestação.* (FREITAS, 2002, p. 196).

A necessidade de se identificar eficácia nos instrumentos jurídicos de proteção patrimonial é ressaltada por Venosa com os seguintes dizeres:

A Encíclica *Mater et Magistra* do Papa João XXIII, de 1961, ensina que a propriedade é um direito natural, mas esse direito deve ser exercido de acordo com a função social, não só em proveito do titular, mas também em benefício da coletividade. Destarte, o Estado não pode omitir-se no ordenamento sociológico da propriedade. Deve fornecer instrumentos jurídicos eficazes para o proprietário defender o que é seu e que é utilizado em seu proveito, de sua família e de seu grupo social. Deve, por outro lado, criar instrumentos legais eficazes e justos para tornar todo e qualquer bem produtivo e útil. (VENOSA, 2010, p.168)

E quanto à inobservância das normas constitucionais regulamentadoras da desapropriação, serão adiante comentadas.

O Direito consiste em um conjunto de normas coordenadas entre si, respeitando-se as prerrogativas hierárquicas.

A função social é considerada uma cláusula aberta, mas o instituto da expropriação judicial não deveria ter sido normatizado da mesma maneira, fluida, imprecisa e vaga. Ora, como aplicar na prática um princípio, necessariamente abrangente, por meio de outra norma, também abrangente? Desarrazoada a proposta, pois a incerteza do instituto não garante eficazmente que o princípio da função social esteja sendo legitimamente respeitado e aplicado e mais: permite, nas esteiras de sua imprecisão, a violação de outros dispositivos.

Perlingieri reconhece o valor das chamadas *definições legislativas*. Segundo o ilustre autor:

As definições, contudo, são, não somente oportunas, mas necessárias, e não só para exprimir, em conformidade com a lógica aristotélica, o real conteúdo que a palavra definida encerra em si, mas para indicar simplesmente o conjunto das regras que estabelecem o uso da palavra correspondente.

O recurso às definições é, em muitas hipóteses, insubstituível e, quase sempre, útil, porque contribui a reduzir as margens de discricionariedade interpretativa. (PERLINGIERI, 2002, p. 28-29).

[...] o Estado moderno exige que o Poder Legislativo seja exercido com uma técnica que não se exprima somente por cláusulas gerais, mas, também com intervenções precisas, de tipo regulamentar. Se assim não fosse, o Poder Judiciário poderia decidir arbitrariamente o caso concreto, de acordo

com opções subjetivas. O princípio de legalidade, isto é, o princípio de respeito às normas de uma sociedade que se transforma em relação às decisões tomadas pelo povo, não encontraria atuação; a sorte do País estaria exclusivamente nas mãos do juiz, que além de tudo, não é eleito, mas é vencedor de um concurso por exames. (PERLINGIERI, 2002, p. 42).

Garcia Amado aponta oportunamente os dizeres de Viehweg, o qual assegura que

[...] a dogmática jurídica há de reunir duas propriedades essenciais: de um lado, deve ser o suficientemente estável para poder oferecer um apoio efetivo à coordenação de modos de pensamento e de conduta; de outro, deve ser suficientemente flexível como para ser capaz de atender à mutabilidade das circunstâncias sociais.

Provavelmente se possa dizer inclusive que o tal antagonismo constitui o principal problema de toda dogmática como função social. Trata-se do problema relativo à estrutura temporal da dogmática jurídica, que o presente estudo enfrenta. (VIEHWEG *apud* GARCIA AMADO, 1988, p. 199)

São vários os questionamentos de ordem hermenêutica que podem repousar sobre a questão. A produção de normas adaptadas à nova metodologia constitucional traz consigo uma série de dificuldades. Velásquez cita oportunamente a pergunta levantada por Irti¹¹ qual seja, de que modo, com que técnica e procedimento a lei persegue as finalidades pré-elegidas? (IRTI *apud* TEJERINA, 2005, p. 312).

¹¹ IRTI, Natalino. *La Edad de la Descodificación*. Barcelona: Bosh, 1992, p. 27.

4 EXPROPRIAÇÃO JUDICIAL (art. 1228, §§4º e 5º do Código Civil)

Também conhecida como desapropriação judicial, alienação compulsória, usucapião anômala, a expropriação judicial, como a chamaremos no presente trabalho, consagrada pelo legislador civil de 2002, no art. 1228, §§ 4º e 5º se refere à modalidade extintiva ou aquisitiva do direito de propriedade, a qual nos termos do referido artigo se configurará na seguinte situação.

§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.

O referido instituto fora criado sob a justificativa de viabilizar o atendimento à função social da propriedade e sua validade/constitucionalidade já esteve na pauta de discussão do Senado e da Câmara.

Foram apresentadas emendas pelos Senadores Gabriel Hermes (Emenda nº135) e Álvaro Dias (Emenda nº141) suggestionando a supressão do referido dispositivo, cujos fundamentos se assentariam na ofensa ao direito fundamental de propriedade. Entretanto, foram negadas pelo relator final, Senador Josaphat Marinho, segundo o qual o texto original é uma decorrência da função social da propriedade, pelo que o considerou adequado e inovador.

Não obstante tenha sido considerado legítimo o referido instituto pelas breves razões acima expostas, o Conselho de Justiça Federal empreendeu esforços em suas jornadas de Direito Civil, com o intuito de reafirmar sua constitucionalidade. Cada um dos enunciados publicados pelo CJF será devidamente analisado em capítulo posterior.

Miguel Reale demonstrava grande estima pelos referidos enunciados, vez que coadunavam com seus ideais. Na condição de Supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil, submeteu à apreciação do então Ministro da Justiça, Armando Falcão, sua Exposição de Motivos, apresentada e organizada da seguinte forma:

- a) apontou a necessidade de atualização do Código Civil em vigor diante das evoluções tecnológicas que se apresentavam e diante da nova dimensão solidarista que se impunha;
- b) estabeleceu as diretrizes fundamentais no novo diploma civil;
- c) apresentou a orientação metodológica, segundo a qual cada parte do Código fora atribuída a um membro da comissão, cabendo a Ebert Vianna Chamoun o Direito das coisas;
- d) adentrou na análise de cada livro fazendo referência às principais alterações e inovações, dentre as quais apontou a Expropriação Judicial.

A respeito do instituto assim se manifestou:

Trata-se, como se vê, de inovação do mais alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só novo conceito desta, mas também novo conceito de posse, que se poderia qualificar como sendo de posse-trabalho, expressão pela primeira vez por mim empregada, em 1943, em parecer sobre projeto de decreto-lei relativo às terras devolutas do Estado de São Paulo, quando membro de seu “Conselho Administrativo”.

Na realidade, a lei deve outorgar especial proteção à posse que se traduz em trabalho criador, quer este se corporifique na construção de uma residência, quer se concretize em investimentos de caráter produtivo ou cultural. Não há como situar no mesmo plano a posse, como um simples poder manifestado sobre a coisa, “como se” fora atividade do proprietário, com a “posse qualificada”, enriquecida pelos valores do trabalho. Este conceito fundante de “posse trabalho” justifica e legitima que ao invés de reaver a coisa, dada a relevância dos interesses sociais em jogo, o titular da propriedade receba, em dinheiro, o seu pleno e justo valor, tal como determina a constituição. (REALE, 1999, p.82; *Diário do Congresso Nacional, Seção I, Suplemento B ao n. 061, 13.6. 1975n. 27c.p 121*)

Paralelamente aos referidos reconhecimentos, críticas continuaram se direcionando ao instituto e dentre as mais severas se encontrava a de Carlos Alberto Maluf, segundo o qual

As regras contidas nos §§4º e 5º abalam o direito de propriedade, incentivando a invasão de glebas urbanas e rurais, criando uma forma nova de perda do direito de propriedade, mediante o arbitramento judicial de uma indenização, nem sempre justa e resolvida a tempo, impondo dano ao proprietário que pagou os impostos que incidiram sobre a gleba (MALUF, 2003, p. 287).

Seguindo essa linha Salles assevera:

Finalmente, cumpre-nos o dever de dizer que as normas como as constantes dos §§ 4º e 5º do Código Civil de 2002 são incentivadoras de invasões da propriedade privada, tanto no campo como na cidade, em manifesta violação ao direito de propriedade assegurado pela Constituição (art. 5º, inciso XXII). São munição de grosso calibre nas mãos de indivíduos inescrupulosos, interessados no caos social e na implantação de ideologias nada democráticas, que, apesar de quase desaparecidas nos países eufemisticamente ditos socialistas, são o deleite de indivíduos cujas idéias se perderam no tempo e no espaço, pelo atraso que representam. Essas invasões já estão por aí há muito tempo, causando desassossego à grande maioria da sociedade ordeira e verdadeiramente trabalhadora, prejudicando a produção nacional e violando descaradamente não só a leis civis e penais como a própria Constituição Federal. Pelas razões expostas, melhor seria se fossem revogados os §§4º e 5º do art. 1228 do Código Civil de 2002. (SALLES, 2009, p. 688-689)

Não somente a violação ao direito de propriedade, a inconstitucionalidade do instituto, mas também sua imprecisão conceitual foi objeto de críticas profundas. Nesse sentido, o desabafo do professor Adriano Stanley, que intitula o capítulo referente ao instituto de “O samba do crioulo doido” e assim prossegue:

Pedimos as devidas desculpas aos leitores pela liberdade que tomamos de intitular esse subitem. Ocorre que não nos passa pela cabeça outra expressão que esboce tão bem imbróglio jurídico, a confusão terminológica ou, ainda, a inconstitucionalidade que marca os §§4º e 5º do artigo 1228 (SOUZA, 2009, p.74)

Diante das díspares opiniões segue detalhado estudo do instituto, identificando sua natureza, pormenorizando seus elementos conceituais para, finalmente, investigar sua validade.

4.1 Natureza jurídica da Expropriação judicial

O presente capítulo fora iniciado com a indicação das várias denominações que recaem sobre o instituto. Tal imprecisão talvez nos remeta a também incerta natureza jurídica da Expropriação Judicial.

As diversas opiniões acerca do assunto foram aglutinadas na obra de Lelis Colani Barbosa e Rodolfo Pamplona Filho, a qual fora complementada a esse respeito por Marcio Kammer com uma sexta orientação.

Pela primeira, o novel instituto não desbordaria de uma *modalidade especial de usucapião coletiva*; a segunda enxerga no fenômeno da *posse-trabalho* a explicação para essa nova tipologia de aquisição da propriedade imobiliária; a terceira alude ao instituto como *desapropriação judicial*; pela quarta orientação, que partilha elementos hauridos das correntes anteriores, a

hipótese seria ainda de desapropriação, mas tratar-se-ia de uma *modalidade especial de desapropriação*; a quinta linha de pensar ainda persegue a imbricação do instituto junto às figuras de desapropriação, mas com a glosa de tratar-se de *desapropriação privada*; finalmente, a sexta orientação vislumbraria nessa peculiar figura um *contradireito processual* (LIMA, 2009, p.80).

Como se pode depreender da extensa lista de supostas naturezas jurídicas, trata-se, na expropriação judicial, de instituto de difícil definição, o que não seria diferente com seu entendimento.

Não poderia ser tratado como modalidade de *usucapião coletiva*, ainda que se assemelhe ao instituto disposto no art. 10 da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade), pois, ao contrário deste, ocasiona a perda da propriedade mediante indenização do proprietário. A essência da Usucapião prestigia o usucapiente que dá destinação útil ao imóvel, punindo o proprietário desidioso, retirando-lhe a propriedade sem qualquer compensação financeira ou de outra ordem. Entendimentos contrários, entretanto, são apresentados, assim como o de Geaquinto:

Trata-se de uma modalidade de usucapião anômala, pois “o proprietário inerte não perde o domínio, mas apenas o direito à posse, e por essa perda deve ser indenizado”. Assim, “o usucapiente anômalo não adquire o domínio propriamente dito, mas integra ao seu patrimônio dois direitos distintos: o direito incondicionado à posse em si, e o direito de aquisição do domínio, este sujeito a condição cujo atendimento será posterior à extinção da ação: o pagamento e o registro.” (GEAQUINTO, 2008, p. 325)

A natureza de *posse-trabalho*, conforme preceituam alguns autores¹², não traduz o instituto efetivamente, eis que a atividade laboral no imóvel não é suficiente para acarretar a perda da propriedade, sendo apenas um dos requisitos para que isso aconteça. A verificação de outros como o decurso do tempo e o pagamento de indenização far-se-á necessária.

Ainda na tentativa de atribuir-lhe uma natureza jurídica específica, há quem a considere um *contradireito processual*. Nesse sentido Camilo de Lelis e Rodolfo Pamplona citam a teoria de Fredie Didier Junior, adotada pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Zavascki, segundo o qual:

O que o novo instituto faculta ao juiz não é desapropriar o bem, mas sim converter a prestação devida pelos réus, que de específica (de restituir a coisa vindicada), passa a ser alternativa (de indenizá-la em dinheiro). Nosso sistema processual prevê várias hipóteses dessa natureza, notadamente em se tratando de obrigações de fazer e de obrigações de entregar coisa.

¹² Dentre eles Maria Helena Diniz (2010).

É de se mencionar, pela similitude com a situação em exame, o caso em que há apossamento de bem particular pelo Poder Público, sem o devido processo legal de desapropriação (desapropriação nula). Também nesse caso nega-se ao proprietário a faculdade de reivindicá-lo – seja por ação reivindicatória, seja por interditos possessórios – convertendo-se a prestação em perdas e danos. É o que estabelece a lei das desapropriações (Decreto-Lei nº 3.365 de 21.6.941), art. 35. (PAMPLONA, 2004, p. 621)

Realmente confusas são as tentativas de definição do instituto. Valer-se da analogia com a situação da desapropriação nula, para justificar a situação, não seria negar-lhe o caráter de contradireito processual e atribuir-lhe caráter de desapropriação?

Ao discorrer sobre o assunto Gomes (1977, P.111) apresenta o entendimento segundo o qual contradireito é uma expressão cunhada para compreensão do fenômeno da exceção substancial, entendida como o poder que se confere a alguém para impedir o exercício, contra si, de um direito por parte de outrem. Vale nesse sentido apontar opinião de Marcio Kammer, segundo o qual:

À parte isso, na hipótese em consideração, os possuidores que se alojam na classe delimitada pelo § 4º do art. 1228 do Código Civil não se reservam somente ao embaraço do exercício, contra si, da faculdade de reivindicação pelo proprietário. A posição desses possuidores vai além de simples defesa ou exceção, porquanto, paga a “justa indenização”, resultar-lhes-á atribuição patrimonial, com a aquisição de direito real de propriedade e correlata extinção do direito, pretensão e ação real para o antecedente proprietário.

Ora, bem parece que uma tão profunda modificação no plano de direito material não se conquistaria por singela exceção, esta que reconhecidamente não extingue direitos nem pretensões, senão encobre-lhes a eficácia. (LIMA, 2009, p.90)

Há também o fundamento segundo o qual o instituto representaria uma espécie de *alienação compulsória do imóvel ou alienação judicial*. A esse respeito discorreu Donaldo Armelin (2003, p. 977).

O Ministro Zavascki faz referência, ainda, ao art. 1254 do CC/02, que permite ao possuidor que plantou ou edificou em terreno alheio adquirir a propriedade do solo, caso o valor da plantação ou construção exceda consideravelmente o valor do terreno. Segundo seu entendimento, a alternativa dada ao juiz pelo art. 1228 do CC/02 não padece de inconstitucionalidade, pois é recepcionada pelo legislador civil no referido art. 1254.

Vale ressaltar, entretanto, que o art. 1254 regulamenta situações de aquisição de propriedade pela acessão inversa, o que não se enquadra, necessariamente, na

situação da expropriação judicial. O que se exige para configuração desta é a realização, em conjunto ou separadamente, de obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante, não se referindo ao valor das obras em questão. Além disso, o possuidor que irá beneficiar-se da regra contida no art. 1254 deve estar de boa-fé, o que, conforme analisado adiante, é incompatível com a situação dos possuidores na Expropriação Judicial.

Em outras palavras, o dispositivo legal (1.254) não serve de fundamento para a conduta do juiz que nega ao proprietário a devolução de seu bem, atribuindo-lhe direito a uma indenização. Ainda que estivessem de boa-fé, e se o valor da obra não exceder ao do terreno? Como fundamentar o direito de os possuidores ali permanecerem mediante indenização do proprietário?

O status de *desapropriação* ou, mais precisamente, de desapropriação judicial, como atribuído por Nelson Nery Junior (2008), parece ser o mais coerente com as características do instituto, vez que viabiliza a perda involuntária da propriedade por meio da intervenção estatal (estado juiz) compulsória, sob o fundamento de atendimento da função social da propriedade/posse. Há quem não discuta o caráter de desapropriação, como Farias e Rosenvald:

A modalidade indireta de desapropriação é fruto da ocupação de bens por considerável número de pessoas sem prévio ato expropriatório, como fato anterior à indenização, a maneira do que se dá no direito administrativo. A desapropriação é judicial, pois pela primeira vez no direito brasileiro quem determinará a privação do direito de propriedade não será o poder executivo ou legislativo, mas o poder judiciário. (FARIAS. ROSENVALD, 2010, p. 41).

Outra linha de raciocínio que permite conclusão acerca dessa natureza seria pautada na interpretação literal do Código civil que dá continuidade ao texto do §3º do art. 1.228, que trata da desapropriação tradicional, asseverando no §4º que “o proprietário *também* pode ser privado da coisa”. O titular do direito de propriedade vai ser privado da coisa pela desapropriação prevista no §3º, já visto, e também no § 4º (BRITTO, 2008, p. 126).

Ainda que intitulada como desapropriação privada, isenta de irregularidades não estaria vez que, conforme bem expõe Marcio Kammer (2009, p. 87) a expressão desapropriação privada contém uma contradição terminológica, pois

conceitualmente a desapropriação se refere à perda compulsória da propriedade pela ação expropriante, distintivo do quadrante das relações de direito público¹³.

Esclarece-se, por oportuno, que é justamente a conformação, ou melhor, a pretensão do art. 1228, §§4º e 5º com o instituto da desapropriação, que revela sua impropriedade, pois o instituto apresenta-se como tal, sem se ater às particularidades e regulamentações acerca da desapropriação.

De fato, não é possível enquadrar precisamente o instituto sob análise em qualquer das naturezas acima descritas. Não obstante a indefinição normativa e conseqüente insegurança jurídica que ela pode representar, desenvolver-se-á a pesquisa à luz da reconhecida natureza desapropriatória, eis que foi a eleita pelos idealizadores da norma em comento.

4.2 Expropriação Judicial x Usucapião Coletiva Urbana

A Lei 10.257/2001, conhecida como Estatuto da cidade, contempla regras de uso e ocupação do solo, assim como estabelece regras de sua utilização sustentável, com respeito à função social das propriedades urbanas.

Nesse diapasão, regulamenta a Usucapião Coletiva Urbana, instituto que não encontra paralelo na legislação privada, apesar de coexistir com outras modalidades de usucapião¹⁴, cujo conteúdo se presta como forte instrumento de função social. Merecedor o reconhecimento da utilidade e eficácia do referido instituto, pois segundo Farias e Rosenvald:

¹³ Algumas ponderações surgem no sentido de tirar do instituto o status de desapropriação, tais como: A desapropriação se presta a transferência compulsória da propriedade particular para o poder público ou seus delegados. O que a expropriação judicial permite é a transferência da propriedade para outros particulares de forma compulsória, o que a princípio deveria decorrer através de ato inter vivos (volitivo) ou causa mortis, ou pela desapropriação para fins de reforma agrária. Também pelo fato do bem ser transferido ao domínio público, e o ente estatal expropriante passar a exercer esse direito, como regra, explorando-o diretamente, isto é retirando dele utilidade para si ou para a população, conforme a destinação que se lhe dê; excepcionalmente, o imóvel pode ser parcelado para que nele se ergam habitações ou sejam assentados pequenos agricultores, mas ainda assim o poder público comporta-se como proprietário alienando o domínio como poderia fazer em relação a qualquer outro bem de seu patrimônio dominical.

¹⁴ O Código Civil faz referência a quatro espécies de usucapião: extraordinário (art. 1.238), ordinário (art. 1.242), especial urbano (art. 1.240), especial rural (art. 1.239). Além, das referidas modalidades, vale lembrar a usucapião indígena (art. 33 da Lei 6.001/73 – Estatuto do Índio) e a usucapião individual urbana (Lei 10.257/01) que, segundo Benedito Silvério Ribeiro (2004, p. 48) configura apenas uma repetição daquela contida no art. 183, da CF, com pequena mudança redacional, pois que inclui a edificação como objeto de usucapião urbana.

permite uma alternativa de aquisição de propriedade em prol de possuidores que não tenham acesso a ações individuais de usucapião – porque o imóvel está encravado em loteamento irregular ou porque a área possuída é inferior ao módulo urbano mínimo. O instituto permite a inserção do imóvel no plano de urbanismo municipal” (FARIAS. ROSENVALD, 2010, p.312 - 313).

É de se notar a eficiência do instituto quando identificamos ao que ele se propõe. De fato, sua regulamentação viabiliza o alcance de seus objetivos, prestigiando o princípio da função social da propriedade. Nos termos do art.10 do referido diploma:

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

Na realidade o propósito da presente abordagem busca o instituto da Usucapião coletiva como objeto de comparação ao instituto da expropriação judicial, e não de análise propriamente dita, afinal ele já tomou forma e foi devidamente assimilado pelo nosso Ordenamento Jurídico.

Diante de tais iniciativas legais, surgiram alguns questionamentos, no que diz respeito, primeiro, à necessidade de coexistência de institutos jurídicos parecidos, pelo menos no que diz respeito ao objetivo final almejado por ambos, segundo a legitimidade e constitucionalidade da Expropriação Judicial.

A partir de uma análise textual, podem-se apontar as seguintes diferenças estruturais entre os institutos:

- a) a usucapião coletiva indica a extensão de área mínima a ser usucapida, qual seja 250 m². A expropriação judicial se refere a extensa área, deixando para análise do juiz, no caso concreto, a consideração do que seria ou não considerado uma “extensa área”.
- b) a usucapião coletiva não exige a boa-fé por parte dos possuidores. A Expropriação Judicial aponta como requisito a identificação desse elemento subjetivo.
- c) a usucapião coletiva exige que os possuidores se tenham valido do imóvel para sua moradia. A expropriação judicial não faz tal exigência, entretanto

enseja a utilização da coisa para realização de obras e serviços de interesse econômico e social.

- d) a usucapião coletiva se presta ao benefício de população de baixa renda. A expropriação judicial não faz menção ao poderio econômico dos possuidores.
- e) a usucapião coletiva beneficiará tão somente aqueles que não forem proprietários de outro imóvel¹⁵. A expropriação judicial não aponta como óbice tal situação.
- f) a usucapião coletiva exige o exercício da posse por mais de cinco anos. A expropriação judicial exige pelo menos cinco anos, o que na prática não representa diferença significativa.
- g) na usucapião coletiva a coletividade de possuidores figurará como autora da ação de usucapião, e, na expropriação, como ré na ação reivindicatória ajuizada pelo proprietário.
- h) na usucapião coletiva deve haver a impossibilidade de identificação dos terrenos ocupados por cada possuidor,¹⁶ e na expropriação não há que se provar tal impossibilidade.
- i) A usucapião coletiva não ensejará indenização ao proprietário, e da expropriação decorrerá tal indenização.
- j) a usucapião coletiva só terá lugar para imóveis localizados no perímetro urbano, ao passo que a expropriação judicial poderá incidir sobre imóveis urbanos ou rurais.

Outras diferenças foram devidamente apontadas por Lima:

Na figura dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil [...] na primeira, o modo de aquisição da propriedade imobiliária é *derivativo*, ao passo que na usucapião adquire-se a propriedade *originariamente*; naquela, a aquisição da propriedade imobiliária opera-se somente ao tempo do *registro* do título

¹⁵ Segundo BRITO (2008, p. 134) a exigência se dá em relação a todos os possuidores, de modo que, se apenas um não cumprir a exigência legal, não se poderá falar na usucapião coletiva aqui mencionada.

¹⁶ Resta clara a intenção do legislador de promover a regularização fundiária urbana, necessária diante do fenômeno de favelização das cidades brasileiras. Del Nigri (2009, p. 350), valendo-se do Jornal do Senado Federal (2008) e de informações do Ministério das cidades e do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID/2006), lembra que em 1940 apenas 26,3% dos brasileiros viviam nas cidades. Hoje são aproximadamente 82%, o que gera um *déficit habitacional* que chega a 7,7 milhões de moradias; 45 milhões de pessoas não possuem acesso ao serviço de água potável, 83 milhões não têm esgoto sanitário, dentre outros tormentos que poderiam ser relatados.

no álbum peculiar, enquanto que na usucapião o registro é de se impor apenas para fins de publicidade e de plena disponibilidade sobre o bem [...], o usucapião reclama posse *cum animus domini*, requisito não aventado nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil; o prazo para a prescrição aquisitiva sujeita-se à incidência de *causas impeditivas, suspensivas e interruptivas*, o que não parece ocorrer na implementação do lustro aquisitivo do direito potestativo à alienação forçada; quando suscitado em defesa, a usucapião é condutora à *improcedência* da ação reivindicatória, ao passo que na hipótese de direito potestativo de aquisição forçada a reivindicatória ainda será *procedente*, com substituição da entrega específica do imóvel reivindicado por seu equivalente em dinheiro. (LIMA, 2009, p. 121-122)

Ainda que se apresentem claras as distinções entre os institutos, acabamos por concluir que as semelhanças são, circunstancialmente, expressivas, motivo pelo qual retomamos os questionamentos: haveria necessidade de coexistirem, tendo a mesma finalidade? Teria o diploma civil almejado algo tão diferente da Usucapião Coletiva a ponto de criar um instituto autônomo? Quanto a adequação do instituto se manifesta Venosa:

[...] uma verdadeira desapropriação indireta em favor do particular não dependente da iniciativa do Poder Público. Ainda talvez seja um pouco prematuro para avaliarmos a adequação e utilidade desse dispositivo, mormente porque a usucapião coletiva do Estatuto da Cidade, como veremos, pode suplantar vantajosamente em ambos os aspectos esse novel instituto. (VENOSA, 2010, p. 169)

4.3 Elementos caracterizadores da Expropriação Judicial

A compreensão do instituto a partir da análise de seus elementos caracterizadores mostra-se importante, pois abrirá caminhos para maior elucidação do referido instituto. A identificação da pertinência ou não das exigências legislativas servirá de respaldo para questionamento de sua legitimidade. Voltemos aos dizeres do legislador:

Art. 1228, §4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.
 §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.

A leitura do dispositivo nos permite identificar exigências legais de diversas naturezas, e os requisitos podem ser assim compreendidos: requisitos pessoais, reais e formais.

Quanto aos *requisitos pessoais* Márcio Kammer (2009, p.100) aponta a necessidade de verificação da *capacidade negocial* dos possuidores, ressalvadas as hipóteses de representação e assistência, uma vez que a manifestação de vontade está presente no suporte fático da aquisição da propriedade.

Pondera, ainda, que, por não se tratar de prescrição aquisitiva e sim de alienação compulsória, não incorreria o instituto nas hipóteses de interrupção e suspensão a que está sujeita a usucapião. Assim sendo, não haveria impedimento para aquisição da propriedade em face de incapaz, cônjuge, ascendentes, por exemplo.

A coletividade beneficiada pelo instituto será representada por um *considerável número de pessoas*. A expressão se referiria a uma grande quantidade de pessoas ou deve ser analisado a partir das obras ou serviços realizados? Assim, dependendo do caso, duas ou mais pessoas caracterizariam um número razoável. Por se tratar de cláusula geral, somente poderá ser apreciada no caso concreto. Interessantes exemplos foram apontados a esse respeito:

Imagine que num terreno urbano, de mil metros quadrados, três pessoas dele venham a adquirir a posse e, a partir daí, lá construam um pequeno barracão para exploração de uma oficina mecânica de auto. Com o passar do tempo, o pequeno empreendimento se organiza, prospera e serve para subsistência dos três sócios e de suas famílias. Passados mais de cinco anos de posse ininterrupta e de boa-fé, um dia são surpreendidos com a citação de uma ação reivindicatória. Será que os três sócios não formaram um *considerável número de pessoas* grande e suficiente bastante para empreitar obras e serviços de relevante valor social e econômico, tendo em vista que da pequena oficina eles sobrevivem e ajudam a manter as respectivas famílias? A resposta é positiva para os dois questionamentos? O mesmo se diga de um grupo de cinco pessoas que toma posse de uma área rural de cinco mil metros quadrados e lá cumprem a função social da posse, produzindo e gerando riqueza compatível com a extensão da gleba possuída. Cinco não perfazem um *considerável número de pessoas* na hipótese? Cinco mil metros quadrados não seriam uma *área extensa* o bastante para as obras e serviços lá realizados, de inequívoca relevância social e econômica? (RAMOS, 2009, p. 09)

A coletividade deverá apresentar-se na forma de litisconsórcio passivo necessário, nos termos do art. 46, I e 47 *caput* do CPC, não obstante a sentença não precise ser uniforme para os réus. Isso se justifica pelo fato de os possuidores não serem obrigados a se beneficiarem dessa modalidade de aquisição da

propriedade, o que caracterizará o litisconsórcio como simples. (RAMOS, 2009, p.16).

Vale frisar a não referência a renda dos possuidores na Expropriação Judicial, referência da qual não se absteve o Estatuto da Cidade ao tratar da Usucapião coletiva. Na prática, entretanto, o detalhe não difere os institutos, pois normalmente se aglomeram nessas circunstâncias pessoas menos favorecidas economicamente.

O direito de aquisição da propriedade será interposto perante o proprietário, sendo considerado nesse sentido aquele que conta com o registro imobiliário em seu nome. A esse respeito lembra Márcio Kammer da possibilidade de se manejar tal direito diante de promitentes compradores, baseando-se no acórdão pioneiro do 1º Tribunal de Alçada de São Paulo (RT 500/131)

Se o instrumento do compromisso não se submeteu ao registro, a resposta parece ser negativa, porquanto o promitente comprador nada encabeça para além de direito pessoal relativo ao promitente vendedor.

Porém, se registrado o contrato e adimplido o preço, a resposta parece ser afirmativa, de par com o entendimento segundo o qual o compromissário comprador, uma vez pago o preço, e com o contrato registrado, pode reivindicar o imóvel de quem quer que injustamente o possua

Igualmente não parece ser desarrazoada a extensão desse direito potestativo de aquisição àquele que se defronta em ação possessória com promitente comprador com contrato registrado, mas que ainda não adimpliu totalmente o preço. Nesse caso, o que se estará a adquirir não será propriamente o direito real matriz de propriedade, senão o direito real do promitente comprador (CC, art.1.225, VII), com pagamento proporcional da indenização. (LIMA, 2009, p.100 - 101).

No que diz respeito aos *requisitos reais*, o instituto se presta à aquisição de imóveis, que nos termos da lei devem representar *extensas áreas* na área urbana ou rural.

Pretendeu o legislador ao se referir a “extensa área” indicar uma área de enormes proporções ou uma área de tamanho suficiente para a chamada *posse trabalho*, onde um considerável número de pessoas tenha estabelecido no local obras de interesse social e econômico relevantes? A definição de 250 m² exigida pela usucapião coletiva serviria de parâmetro do módulo mínimo, não necessariamente ensejando uma extensão dez vezes maior como sugerido por Alex Sandro Ribeiro (2003, p.1).

Não se enquadrariam nesse contexto os imóveis públicos, pois diante desses os possuidores se apresentariam como meros detentores. Não obstante, existem opiniões divergentes, ora fundamentadas no fato de que os bens públicos dominicais

aqui estariam compreendidos (RIBEIRO, 2003, p.2), fundadas no fato de a não afetação dos bens públicos se referir apenas às hipóteses de usucapião, estando eles liberados para a aquisição por expropriação judicial (MELO, 2004, p. 59-60).

Ressaltam-se, por oportuno, os chamados direitos reais sociais, quais sejam a concessão de uso especial para fins de moradia ou a concessão de direito real de uso, incidentes sobre bens públicos, mas que não concedem aos possuidores a titularidade do direito real de propriedade.

Estando a propriedade objeto de aquisição gravada com algum direito real sobre coisas alheias, há quem entenda não haver impedimento. Nesse sentido Márcio Kammer (2009, p. 104) apresenta solução segundo a qual a indenização desprezará o gravame e dar-se-á a sub-rogação real, pela qual fica sub-rogado no valor da indenização o direito real limitado então imbricado na coisa adquirida.

Finalmente, a análise dos *requisitos formais* exige em primeiro lugar a apreciação da posse. Não se fará necessária a posse com *animus domini* como na usucapião, mas o mero exercício de poderes sobre a coisa pode se mostrar insuficiente se não for acompanhado do labor.

A chamada *posse trabalho*, conforme asseverado, não define a natureza do instituto, mas é requisito para sua caracterização. Consiste na execução de obras e serviços considerados de interesse social e econômico relevante.

A lei faz referência a execução de *obras e serviços*, e o entendimento literal apresenta as expressões de maneira conjuntiva. Se apenas obras tiverem sido realizadas sem o respectivo serviço ou vice-versa, não seria caracterizada a função social? Conforme exemplifica Glauco Gumerato Ramos (2009 p. 10, 11): Se se construíram casas para moradia, não haverá serviço. Se se estabelece uma horta comunitária, há serviço, mas não há obra.

O exercício da posse deve prolongar-se *ininterruptamente* por mais de cinco anos. O prazo de posse exigido pode-se dizer o mesmo da usucapião coletiva, pois quem possui por cinco anos pode possuir por mais um dia, o que configuraria “mais de cinco anos”, conforme exige o §4º do art. 1228.

Aliás, segundo entendimento de Henrique Geaquinto (2008, p. 324), É pressuposto da aplicação deste artigo que os possuidores (hão de ser sempre muitos e não apenas mais de um) não tenham reunido todas as condições para adquirir o domínio pela usucapião – porque então o reivindicante já não seria mais proprietário.

Quanto ao lapso temporal exigido há quem, surpreendentemente, dispense o requisito da pacificidade, ou seja, da necessidade de não contestação da posse. Nesse sentido Herkenhoff:

Ainda se exige que a posse perdure ao menos por cinco anos, mas não que esse tempo tenha passado sem oposição do proprietário, de sorte que esse período poderá completar-se no decurso da ação reivindicatória, desde que, antes, as obras e serviços dos possuidores já estivessem completos, ou pelo menos tão adiantados que, àquela altura, já não fosse mais possível negar o seu “interesse social e econômico relevante”. (HERKENHOFF, 2008, p. 325)

Com o devido respeito à opinião acima colhida, pondera-se que o fato de o legislador não se referir expressamente a “não oposição” não afasta sua necessidade, por uma razão muito simples: a indicação do prazo de cinco anos quer marcar um período mínimo de desídia dominial do proprietário que ensejará sua punição com a perda da propriedade. Se o proprietário se manifesta antes de concluído o prazo, isso significa que está atento à sua terra, restando-lhe, na pior das hipóteses, ter que indenizar os possuidores pelos frutos e benfeitorias ali realizadas, mas garantindo o direito de restituição do imóvel.

Tamanha estranheza causa o instituto que, ora a doutrina se vale da vagueza de seu texto para criar interpretações e indicar o que o legislador disse ou deveria ter dito; ora se vale das omissões do dito texto para reforçar que, se escrito não está, é porque assim o quis o legislador. Necessário seria uma “bola de cristal” para desvendar tantos mistérios!

A pessoalidade da posse também se faz necessária, não sendo possível, ao contrário do permissivo legal na usucapião coletiva, a *accessio possessionis*. Nada obsta, entretanto, a configuração do tempo por meio da *successio possessionis*. A esse respeito Márcio Kammer (2009, p. 106) assevera somente ser possível quando o sucessor a título universal for pessoa da família do adquirente e, por outro lado, esteja morando ou em atividade no imóvel.

Enquadra-se no rol de requisitos formais para configuração do instituto o *momento da manifestação de vontade dos possuidores*. (LIMA, 2009, p. 95-96)

A literalidade nos induz a reconhecer como momento adequado para manifestação dos possuidores o da contestação, pois o dispositivo se refere à situação em que o proprietário já tenha ajuizado ação reivindicatória para reaver seu

imóvel. Não se exige pedido reconvenicional, a exemplo da usucapião suscitado em defesa. Acerca do momento adequado de alegação os dizeres de Lima:

Convém notar que a solicitação de aquisição forçada pode ter-se por *defesa de mérito indireta*, uma vez que irá aparecer na técnica processual como alegação de fato *modificativo* do direito do autor. Então, cumprirá aos demandados invocá-la preferencialmente em contestação, mas nem por isso não lhes será lícito suscitá-la até a prolação da sentença de primeiro grau, quando responderão pelas despesas processuais acrescidas. (LIMA, 2009, p.112)

A esse respeito Venosa esclarece com percuciência que:

Pela dicção legal, nota-se que a perda da propriedade se dá justamente quando seu proprietário a reivindica. Trata-se de imóvel *reivindicando*, como deveria estar na lei e não imóvel *reivindicado*. A possibilidade dessa perda, portanto, só pode ocorrer no curso de ação reivindicatória, isto é, pedido de restituição da coisa. (VENOSA, 2010, p.169)

É pacífico o entendimento segundo o qual os possuidores não poderiam ajuizar ação autônoma buscando o reconhecimento de sua situação. Há¹⁷ quem entenda que a alegação dos possuidores poder-se-á estabelecer por meio de pedido contraposto (no procedimento sumário; CPC, art. 278, §1º) ou por reconvenção (no procedimento ordinário; CPC, art. 315) (RAMOS, 2009, p. 11).

Oportuno ponderar acerca da possibilidade de se exercer o direito perante o proprietário que esteja no manejo de ação possessória (reintegração de posse) e não reivindicatória. Essa possibilidade será adiante analisada, nos comentários aos Enunciados do Conselho de Justiça Federal, que também se dispôs a “regulamentar” a questão.

Ainda quanto ao exercício da posse, exige o legislador que esta seja exercida com o respaldo da boa-fé e, ao que parece, não adota o conceito de “boa-fé” consagrado pelo próprio diploma legal em seu art. 1.201, segundo o qual é de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

¹⁷ No caso da *desapropriação judicial* – pelo menos até o presente momento – não há no ordenamento jurídico qualquer previsão de procedimento especial para solução da respectiva *fattispecie*, o que invariavelmente fará com que o processo para sua solução tramite sob o procedimento comum, ordinário ou sumário. Portanto, estando o valor da causa – leia-se: valor do imóvel reivindicado – circunscrito a sessenta vezes o valor do salário mínimo, o procedimento adotado será o sumário (CPC, art. 275, I); por outro lado, extrapolando o valor da causa aquele patamar, o procedimento, então, será o ordinário (CPC, art. 271, 272, 274).

Afirma-se não se tratar da boa-fé estabelecida pelo art. 1.201, pois inconcebível seria acreditar que uma coletividade ocuparia um imóvel por tanto tempo, acreditando ter legitimidade para tal. A posse nesse caso é inquestionavelmente de má-fé.

Mais uma vez, traz o instituto exigência obscura e imprecisa, pois se na prática a boa-fé exigida é incompatível com a conceituada no art. 1.201, do que se trataria então? Por que não se ocupou o legislador de conceituar, como o fez no referido artigo, outra “modalidade de boa-fé”? Mais preocupante seria a conclusão de que o legislador realmente se referia à convicção dos possuidores de que teriam direito sobre a coisa.

Antes de se valerem da sentença, título registrável, que reconhece a expropriação judicial, deverá ser “pago o preço” da indenização fixada pelo juiz. Mais uma lacuna deixada pelo legislador. Este, como era de se esperar, acarretou a formulação de entendimentos divergentes, diga-se de passagem, desnecessariamente. Com efeito, ao criar uma obrigação, o mínimo que se espera é que o legislador indique o devedor.

Os enunciados 84 e 308 do Conselho de Justiça Federal ocuparam-se do assunto, manifestando-se num primeiro momento a favor do pagamento pelos possuidores e recuando mais tarde, abrindo a possibilidade de se estender tal obrigação ao Estado. Em capítulo próprio serão tecidos maiores comentários sobre a celeuma. Por agora, ater-nos-emos ao fato de que o pagamento da indenização é elemento constituinte o instituto.

O conteúdo do dispositivo impõe aos juízes um árduo trabalho de “tentar” identificar no caso concreto os requisitos para sua configuração, vez que se molda por meio de cláusulas abertas como: “*o imóvel reivindicado consistir em extensa área*”, “*considerável número de pessoas*”, “*obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante*”.

Difícil identificar, no cotidiano, situações que expressem precisamente todos os requisitos exigidos pelo legislador, o que atribuiria um enorme poder aos juízes, uma vez que a eles caberia a interpretação do caso concreto e sua conseqüente adequação à exigência legal.

As cláusulas abertas viabilizam a operabilidade, um dos tripés do novo Código Civil, mas ao mesmo tempo criam uma insegurança jurídica latente à condição, no caso, de proprietário. Nesse sentido, Venosa:

Não resta dúvida de que, em que pese a boa intenção do legislador, teremos que lidar com fraudes a esses dispositivos e com os costumeiros atravessadores que se valem da massa coletiva para obter vantagens econômicas, além de dividendos políticos. A luta pela terra sempre foi um problema social antes de ser exclusivamente jurídico. Caberá ao juiz decidir, no caso concreto, sobre a legitimidade das partes, e principalmente, pelas obras e serviços que devem ser considerados relevantes sob o ponto de vista social e econômico. (VENOSA, 2010, p. 227)

5 COMENTÁRIOS AOS ENUNCIADOS DO CJF

O Conselho da Justiça Federal (CJF), com sede em Brasília-DF, visa a desempenhar a supervisão orçamentária e administrativa, o poder correicional e a uniformização, assim como promover a integração e o aprimoramento da Justiça Federal.

A composição de seu Colegiado conta com o Presidente e é formado também pelo Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), três Ministros deste mesmo Tribunal e pelos Presidentes dos cinco Tribunais Regionais Federais do país. Aguiar enumera suas principais atribuições:

As principais atribuições do CJF são exercer a coordenação central e padronização, no âmbito da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, das atividades de administração judiciária relativas a recursos humanos, gestão documental e de informação, administração orçamentária e financeira, controle interno, informática e planejamento estratégico, organizadas em forma de sistema. Os sistemas funcionam mediante participação integrada dos Tribunais Regionais Federais e Seções Judiciárias (AGUIAR JR, 2007, p.6).

Dentre as atribuições acima referidas, assumiu o CJF importante função de centralizar informações estratégicas sobre a Justiça Federal em âmbito nacional. É considerado espaço fértil de reflexão e de difusão de conhecimentos por meio das atividades de informação, editoração, ensino e pesquisa, voltadas ao aprimoramento da Justiça e realizadas pelo seu Centro de Estudos Judiciários.

Por meio do Centro de Estudos Judiciários o CJF inovou ao promover as Jornadas de Direito Civil, que passaram a integrar sua programação bienal. Objetivaram reunir em Brasília magistrados, professores, representantes das diversas carreiras jurídicas e estudiosos do Direito Civil para o debate de temas constantes do novo Código Civil. As conclusões aprovadas foram apresentadas por meio de enunciados que fundiram o pensamento da maioria dos integrantes de cada uma das diversas comissões (Parte Geral, Direito das Obrigações, Direito das Coisas, Direito de Empresa, Direito de Família e Direito das sucessões). Aguiar esclarece como sucederam as jornadas de estudos:

A 1ª Jornada aconteceu nos dias 12 e 13 de setembro de 2002, sob a Coordenação-Geral do Ministro Milton Pereira, com a participação de 130 juristas e aprovação de 137 enunciados. A 2ª Jornada consistiu em

palestras e professores de Portugal, Argentina e Brasil, com eventos em Recife, Brasília e Porto Alegre, sem a discussão de enunciados. A 3ª Jornada reuniu-se nos dias 1º a 3 de maio de 2004, sob a coordenação geral do Ministro Ari Pargendler, com 101 participantes e 133 enunciados aprovados. A 4ª Jornada ocorreu nos dias 25 a 27 de outubro de 2006, sendo seu Coordenador Geral o Ministro Fernando Gonçalves, e contou com 100 participantes e 124 foram enunciados aprovados. (AGUIAR JR, 2007, p.09)

Na apresentação da obra publicada que compila os enunciados, Ruy Rosado esclarece que os enunciados não expressam o entendimento do Conselho da Justiça Federal, que apenas promove o evento, menos ainda do Superior Tribunal de Justiça, mas representam, isto sim, o pensamento médio da maioria da respectiva comissão temática. (AGUIAR JUNIOR, 2007, p. 10)

Os referidos enunciados, citados por muitos comentaristas e invocados em arrazoados forenses, serão objeto de análise a partir de agora, de modo a promover e viabilizar outras reflexões acerca dos entendimentos “pacificados”.

Da I Jornada de Direito Civil, em setembro de 2002, resultaram os enunciados 82, 83 e 84 a respeito do assunto.

O **enunciado 82** estabelece que *É constitucional a modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista nos §§4º e 5º do art. 1228 do novo Código Civil. Acerca da identificação ou não da constitucionalidade do instituto, será dispensado capítulo específico.*

O **enunciado 83** estabelece que *nas ações reivindicatórias propostas pelo poder público, não são aplicáveis as disposições constantes dos §§4º e 5º do art. 1228 do novo Código Civil.*

Não haveria motivo para se descartar a possibilidade de aplicação do dispositivo aos imóveis públicos dominicais para aqueles que admitem a usucapião nas mesmas circunstâncias. Nesse sentido:

Creemos que a motivação do enunciado foi o receio de uma hermenêutica que inspirasse a usucapião de bens públicos por meios transversos. Em princípio, os bens públicos a que alude o art. 99, do Código Civil são submetidos a regras jurídicas próprias, posto destinado à satisfação de finalidades coletivas. Nada obstante, na senda da MP 2.220/01, que instituiu a concessão de direito real de uso para fins de moradia, cremos que o terreno público dominical – abandonado ou devoluto – que não recebe utilização e não cumpre a sua destinação não pode servir de meio de exclusão de acesso à moradia. O bem é formalmente público, mas não materialmente público, eis que carecedor de função social. O titular do direito subjetivo à moradia pode invocá-lo contra o Estado, como contra qualquer particular. Não é crível supor que nos dias atuais prevaleça o axioma da “superioridade do interesse público sobre o privado”, quando

bens públicos são privados de legitimidade e merecimento por não serem direcionados a sua missão constitucional de prover o bem comum. (FARIAS. ROSENVALD, 2010, p. 48-49).

Ao se estabelecer como fundamento do instituto o atendimento da função social da propriedade/posse, não parece razoável admitir a ociosidade dos bens públicos, pois o objetivo do constituinte ao erigir tal princípio fora dinamizar o tratamento outorgado aos imóveis ou móveis, sem fazer menção à sua titularidade.

Não por outra razão fora editado o **enunciado 304**, elaborado na IV Jornada de Direito Civil, segundo o qual *são aplicáveis as disposições dos §§4º e 5º do art. 1228 do Código Civil às ações reivindicatórias relativas a bens públicos dominicais, mantido, parcialmente, o enunciado n. 83 da I Jornada de Direito Civil no que concerne às demais classificações dos bens públicos.*

O **enunciado 84** preceitua que *A defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (art. 1228, §§4º e 5º do Novo Código Civil) deve ser argüida pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização.*

Talvez pela inaplicabilidade do entendimento do enunciado 84, lançaram mão de entendimento “complementar” através do **enunciado 308**, segundo o qual:

A justa indenização devida ao proprietário em caso de desapropriação judicial (art. 1228, §5º) somente deverá 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 nos termos da Lei processual. Não sendo os possuidores de baixa renda, aplica-se a orientação do enunciado 84 da I Jornada de Direito Civil¹⁸.

A justificativa do prof. Lucas Abreu Barroso, mentor do referido enunciado, fora apresentada em citação feita por Farias e Rosenvald.

A interpretação proposta para o dispositivo em análise evita duas hipóteses indesejadas: a) que os possuidores de baixa renda, não podendo pagar a justa indenização, sejam obrigadas a desocupar o imóvel onde realizaram benfeitorias de relevante interesse social e econômico, cumprindo assim a função social da propriedade; b) que a posse do imóvel seja restituída ao proprietário desidioso, que, ademais, praticou o abuso de direito ao não observar os ditames constitucionais e infraconstitucionais atinentes ao direito subjetivo da propriedade privada. A aplicação do instituto assim pensada, no que se refere ao pagamento da indenização, levará a efeito

¹⁸ Nessa linha de entendimento, o Estado será considerado parte no processo vez que considerado devedor. A respectiva pessoa jurídica de direito público será integrada ao processo por meio de denunciação da lide.

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 (FREITAS. ROSENVALD, 2010, p. 44).

Com respeito à opinião acima apresentada, ousa-se discordar da justificativa, também por duas razões: a uma, porque os possuidores de baixa renda poderiam valer-se de outros institutos para adquirirem a propriedade sem ter que desembolsar quantia para indenização; a duas, porque o imperativo constitucional da função social da propriedade pode ser implementado por outros meios. Buscar a operabilidade de um instituto originariamente inoperável, pela atribuição de responsabilidade ao Estado, somente ratifica sua invalidade social.

Quem deve arcar com a indenização? O questionamento tem lugar, uma vez que, na prática, são famílias de baixa renda que se estabelecem nesses aglomerados e favelas. Esse o entendimento de Maria Helena Diniz (2010, p. 201) ao esclarecer o escopo do instituto, qual seja, a urbanização de áreas ocupadas por pessoas de baixa renda.

Talvez por esse motivo o legislador não tenha apontado como requisito para a expropriação que os possuidores sejam pertencentes a famílias de baixa renda, como fez o Estatuto da Cidade ao tratar da Usucapião Coletiva Urbana. Seria um contra-senso exigir do indivíduo que não tem onde morar, muitas vezes privado de outras necessidades existenciais básicas, que pague uma indenização dessa natureza¹⁹.

Ainda que se discuta a caracterização da “baixa renda”, ainda que se defina em números o que a qualifica, o caso concreto pode não comportar tais definições. Assim, se o chefe de família que percebe três salários mínimos não se enquadra no conceito de pobre, o que dizer, se ele paga aluguel e tem, além da esposa, cinco filhos para alimentar, vestir e educar, dentre outras despesas consideradas essenciais?

Como bem assevera Adriano Stanley (2009, p. 77), por que lançariam mão, então, de tal instituto se poderiam se valer de outras modalidades de usucapião (inclusive a coletiva do art. 10 da Lei 0.257/2001 antes transcrito) em que não se paga qualquer tipo de indenização ao proprietário da área.

¹⁹ Em comentários ao Estatuto da Cidade, Camuru Afonso Francisco esclarece que população de baixa renda é aquela que percebe rendimentos mensais inferiores a 03 salários mínimos, não podendo ser este conceito confundido com o de população de renda ínfima ou com o conceito Jurídico de pobre, adotado para aferição da concessão de gratuidade de justiça (p. 144)

Contornando tais argumentos, Nelson Nery (2008, p.881) se mantém na defesa do instituto e afirma que:

Como pode haver desapropriação pelo poder público, por interesse social, o instituto criado pelo CC 1228 §§4º e 5º pode evoluir no sentido de que o poder público venha a ter a responsabilidade pela desapropriação judicial, isto é, fique responsável pelo pagamento da indenização, pois a ele cabe o poder-dever de fazer a reforma agrária e a posse-trabalho, nas circunstâncias mencionadas pela norma ora comentada, é instrumento de realização da função social da propriedade.

Pouco provável que fosse a intenção do legislador que os possuidores, já tendo *realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante*, por mais de cinco anos, como se proprietários fossem, ainda tenham que desembolsar valores para aquisição efetiva de tal propriedade. (BARBOSA. PAMPLONA FILHO, 2004, p. 618).

Quanto à possibilidade de se cobrar a indenização do Estado, esclarece Adriano Stanley (2009, p. 77) que não existe essa figura 'Estado'. O Estado é constituído por todos nós. E, definitivamente, não podemos conceber que o dinheiro público, dinheiro de todos nós, seja utilizado para comprar moradia para outros particulares, por mais altruísta que seja tal propósito.

Ainda quanto à impossibilidade de se atribuir ao Estado o dever de indenizar, há quem afirme não haver interesse público subjacente, mas apenas social, de modo que — para se atribuir tal ônus ao poder público — a menção deveria ser expressa, assim como o ente da Federação responsável, as respectivas fontes de receitas e a previsão orçamentária das despesas (VIANA, 2003, p. 53)

Segundo Cassetari (2008, p. 115), não haveria outra solução senão o Estado realizar o pagamento, já que é ele quem, também, deve garantir o direito à moradia (art. 6º CR/88).

Seguindo esse raciocínio questionamos: Sendo o Estado responsável pela garantia da moradia, por que não buscamos em primeiro lugar os vários hectares de terras públicas ociosas para amenizar o problema fundiário no Brasil? Atribuir-lhe o dever de pagamento de indenização representa uma alternativa cômoda, uma vez que quem será privado de seu imóvel será o particular que, apesar de desidioso, não pode ser considerado responsável pela garantia da moradia alheia, não obstante possa ser punido de outras maneiras, por meio da aplicação de normas legítimas ao fim que se prestam.

O fato de os possuidores terem desembolsado valores para implementar função à coisa, não os desincumbe do dever de indenizar. Ademais, a realização de obras e serviços nada mais é do que requisito para que esses mesmos possuidores tenham direito a adquirir imóvel alheio. O contrário nada mais configuraria, senão enriquecimento sem causa, uma vez que há determinação da indenização.

Entende-se não ser possível atribuir ao Estado a condição de devedor da indenização, nem mesmo solidariamente, conforme entendimento de alguns (RAMOS, 2009, p. 14), pois se estaria admitindo a publicização do direito privado. Não se afirma, com isso, serem as relações privadas regulamentadas exclusivamente pelo Código Civil, pelo que estaríamos contradizendo a introdução do presente trabalho. O que não se pode admitir é que as normas de direito privado criem encargos para o Estado e conseqüentemente para a sociedade, a fim de viabilizar e tentar legitimar o referido instituto.

Isso por ser fundamento da desapropriação a apropriação do bem pela entidade expropriante, centrada na utilidade ou na necessidade pública ou, ainda, no interesse social, compensada pelo valor correspondente em dinheiro. A imputação da responsabilidade pelo pagamento da “justa indenização” então tem a ver com a incorporação da propriedade particular ao patrimônio do expropriante, que além das pessoas políticas, somente poderão ser as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, os serviços sociais autônomos e as organizações sociais e, ainda, os concessionários de serviço público, desde que autorizados por lei ou por contrato. Mesmo nas desapropriações centradas em interesse social, quando os bens desapropriados não se destinam propriamente à administração ou a seus delegados, os bens são incorporados ao patrimônio dos expropriantes para que sejam vendidos ou locados a quem estiver em condições de dar-lhes a destinação social prevista (Lei n. 4132/62, art. 4º).

Sem embargo, na hipótese em comento o imóvel reivindicado não se inscreverá no patrimônio de nenhuma dessas entidades credenciadas à expropriação, porquanto, “pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores”. Nesse pendor, não parece ser lícita a imputação do pagamento da “justa indenização” à entidade supostamente “expropriante”, esta que não experimentou nenhuma atribuição patrimonial. (LIMA, 2009, p. 85).

Ainda que admitida a atribuição ao Estado da condição de devedor, não seria este solidário, pois tal entendimento desvirtuaria o sentido do enunciado 308, que, ao que parece, refere-se à obrigação subsidiária do Estado, pois apenas terá o dever de indenizar caso os possuidores não tenham condição de fazê-lo

Interessantes ponderações foram feitas acerca do art. 304 e seguintes do Código Civil, segundo o qual o devedor, terceiro interessado e terceiro não

interessado podem efetivar o pagamento. Qualquer delas admissíveis, o que não se pode afirmar quando a proposta é atribuir ao Estado o dever de indenização. Nesse sentido, Ramos:

A partir daí será possível, por exemplo, que uma ONG cuja finalidade institucional seja a valorização e o assentamento do homem do campo, ou que seja voltada à problemática dos cognominados “sem teto” da área urbana, efetive o pagamento da indenização fixada pela *desapropriação judicial* para que os possuidores possam registrar o imóvel como sua propriedade. Também será possível – por que não (?!)... – que alguma pessoa física ou jurídica não interessada efetue o pagamento para que os possuidores possam efetivar o registro da sentença e adquirir o imóvel objeto da desapropriação judicial (RAMOS, 2009, p. 17)

Com relação à possibilidade de possuidores de média e alta condição financeira se beneficiarem do instituto responsabilizando-se pelo pagamento da indenização, entendemos suavizar as estranhezas que provocam o instituto, mas não a ponto de legitimá-lo. O fato de eventualmente terem construído ou produzido no imóvel, não justifica a aquisição compulsória, pois o estatuto civil já lhes garante o ressarcimento pelas benfeitorias úteis e necessárias, o levantamento das voluptuárias, assim como a indenização pelas acessões.

Não sendo o dever de pagamento da indenização o ponto de questionamento, perguntar-se-ia: O pagamento, necessariamente, deverá ser efetivado por todos para efeito de regularização da propriedade, ou seriam emitidos títulos individualizados para regularização da situação de cada possuidor?

Segundo Henrique Geaquinto:

Nada impede que sejam feitos pagamentos parcelados, nem que cada possuidor pague a sua parte e regularize o seu domínio independente dos demais. Nem mesmo seria iníquo ou socialmente danoso que alguns dos beneficiados prefiram alienar os quinhões assim adquiridos a quem possa pagar sua parte na indenização, desde que isso não caracterize que tenha havido, desde o início, intenção especulativa por parte desse possuidor. Todavia, ainda assim, como regra, o imóvel não poderá ser penhorado para satisfazer a indenização. (HERKENHOFF, 2008, p. 329)

O Projeto de Lei n. 276/2007 visa a alterar a redação do §5º do art. 1228 para a seguinte: *”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”*.

O procedimento para o recebimento da indenização não é objeto de discussão de muitos, vez que a maioria se atém tão somente ao aspecto material. A esse respeito Ramos apresenta duas sugestões

O primeiro caminho será através de ação cognitiva de regresso, caso a respectiva pessoa jurídica de direito público interno não tenha integrado, como *parte*, o processo em que foi decretada a desapropriação com base nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil, e con jugado a isso, que os possuidores condenados não tenham efetuado o pagamento da indenização fixada em razão de insuficiência de recursos materiais.

O segundo, e não nos parece haver dúvida quanto a isso, poderá ser através da denúncia da lide feita pelo autor reivindicante ao Estado, e isso desde que o respectivo processo em que se pretende a reivindicação, obviamente, tenha seu trâmite regido pelo procedimento ordinário (CPC, arts. 70, III, 74 e 76) (RAMOS, 2009, p. 14)

À míngua de denúncia da lide ao Estado, uma vez fixada a indenização decorrente do perdimento da propriedade pelo autor reivindicante, e diante da hipossuficiência dos possuidores em adimplir o pagamento do preço estipulado pela *desapropriação judicial*, será possível a via autônoma de regresso a ser deduzida através de processo de conhecimento, para buscar a condenação do Estado – União ou federado, conforme o caso – a pagar a indenização fixada e insatisfeita. (RAMOS, 2009, p. 15)

Apresentados os possíveis caminhos oferecidos ao proprietário para que se valha da indenização a que tem direito, indaga-se: Em não havendo pagamento voluntário, contará o proprietário com título para execução de quantia certa, ou seria lícito cogitar da possibilidade de reaver o imóvel outrora reivindicado?

Parece que a melhor orientação seria ter-se por restabelecida a pretensão à entrega específica do imóvel. Nesse sentido comprometido estaria o conteúdo do **enunciado 311** do CJF, segundo o qual “*Caso não seja pago o preço fixado para a desapropriação judicial, e ultrapassado o prazo prescricional para exigir o crédito correspondente, estará autorizada a expedição de mandato para registro da propriedade em favor dos possuidores.*”

Lima discorre a respeito da necessidade de se considerar a condição do proprietário, ainda que meramente formal, diante do inadimplemento dos possuidores, sob pena de se violar preceitos de ordem fundamental.

Dito de outro modo, até se e quando for pago o preço e registrada a sentença no álbum imobiliário, o pólo ativo da ação continuará na posição jurídica de proprietário, e essa condição não parece que possa ser simplesmente desprezada, mutilada ou mesmo aniquilada por uma interpretação condutora ao esvaziamento prático-econômico do conteúdo desse direito de magnitude fundamental, segundo o texto da Lei Maior. (LIMA, 2009, p. 117).

Considera-se, ainda, sob o jugo da função social a possibilidade de o proprietário pleitear a indenização à guisa da desapropriação judicial e independente do exercício da pretensão reivindicatória, como ocorre na desapropriação indireta. Não podem, entretanto, os possuidores pleitearem a desapropriação judicial em ação própria, devendo-se manifestar-se em sede de defesa, pois o juiz não poderá agir de ofício. (RAMOS, 2009, p. 11 e 12)

Não se afasta também a possibilidade de ser pleiteada em caráter alternativo ou sucessivo ao pedido de reivindicação formulado pelo proprietário (CPC, arts. 288, *caput*, e 289, respectivamente) (ZAVASCKI, 2002, p. 853).

Trata-se de possibilidade a critério do proprietário. Assim, não se estaria reconhecendo, necessariamente, a natureza de aquisição compulsória e sim de viabilização da aquisição por aquiescência do proprietário.

Conclui-se do entendimento, tratar-se de direito potestativo dos possuidores, o de adquirir a propriedade alheia mediante indenização, pois decorrem da manifestação de vontade do titular. Não podendo, portanto, ser declarada de ofício pelo juiz, como ficaria a situação dos possuidores, caso não ajuizada a ação reivindicatória pelo proprietário? Seria o direito potestativo exercitável em ação autônoma?

Lembre-se que o instituto padece de regulamentação específica, contando com o entendimento desencontrado de alguns doutrinadores e, mais especificamente, com os Enunciados do CJF. Ocorre que estes não se prestam a responder a tal indagação. A esse respeito se manifestou Mazzilli.

Questão de relevo é saber se podem os possuidores tomar iniciativa dessa desapropriação, tendo em conta que o § 4º do art. 1228 dá a entender que só se pode exercer esse direito quando o imóvel estiver sendo reivindicado. A interpretação literal levaria, pois, à conclusão de que não seria possível tal iniciativa. Aliás, a exigência de boa-fé para a configuração do instituto, em princípio, tornaria estranha a iniciativa dos possuidores, já que, se estão ingressando com uma ação para exercer direito que decorre do instituto – o de adquirir a propriedade da coisa mediante indenização –, é porque têm ciência do vício ou obstáculo à sua posse. Parece-nos, porém, descabido imaginar que o direito só possa ser exercido se o proprietário da coisa despertar. Se a mens legis consiste em proteger a utilização da propriedade segundo sua função social, não faz sentido que só se possa exercer o direito quando o proprietário pretenda a retomada da coisa, mas nunca quando o proprietário esteja inerte. Assim, entendemos que os possuidores podem tomar a iniciativa de ingressar com ação visando à aquisição da coisa mediante pagamento de indenização, desde que no termo final do período aquisitivo de tal direito ainda estejam de boa-fé. (MAZZILLI, 2005, p. 358).

Contrárias a esse entendimento podemos citar as seguintes passagens de Farias e Rosenvald e Venosa respectivamente.

Cuida-se de alegação em sede de defesa, na qual os possuidores efetuam pedido contraposto, deduzindo pretensão em sede de contestação, o que provocará o alargamento do processo, pois a sentença será formalmente una, porém materialmente dúplice. A decisão produzirá coisa julgada em favor da coletividade que deduzir a pretensão expropriatória. Nada obstante, não há de se admitir o ajuizamento de ação de desapropriação indireta ou de aquisição compulsória onerosa pelos possuidores, pois o interesse processual será ditado pelo proprietário, ao demandar na via petítória ou possessória. Se este não se manifestar, prosseguirão os possuidores em tal condição, se não houver adaptação aos requisitos da usucapião. (FARIAS. ROSENVALD, 2010 p. 48)

A lei não diz, mas presume-se que essa indenização seja paga pelos possuidores. Não se trata de desapropriação por iniciativa do Estado. Questão maior é saber qual a parcela indenizatória de cada ocupante e, mais ainda, como será pago esse preço se forem centenas de interessados. A lei também não especifica prazo para essa liquidação, a qual, segundo parece, deve ser feita na fase de execução do processo. E na hipótese de inadimplência? Caberia a penhora das próprias glebas por iniciativa daquele que perdeu a área? Essas questões, por ora, admitem apenas respostas polêmicas. O legislador não foi detalhista nessas questões processuais, o que exige que esse dispositivo seja regulamentado. Há dúvidas, inclusive, sobre sua utilidade, tendo em vista principalmente as dificuldades desse pagamento indenizatório, em face dos amplos horizontes a usucapião no Código Civil no Estatuto da Cidade. Lembre-se, ademais, que nessa modalidade esdrúxula de desapropriação, como está na dicção legal, somente depois de pago o preço a sentença atribuirá a propriedade aos possuidores mediante o registro de imóveis. O lento e dificultoso processo civil brasileiro será aqui mais lento. (VENOSA, 2010, p.170)

O problema não repousa apenas sobre a indefinição da pessoa do devedor, pois a situação suscita também a seguinte reflexão: Viria a expropriação judicial, de certa forma, beneficiar o proprietário descumpridor de seus deveres ao garantir-lhe a indenização em dinheiro?

Conforme bem observa Rodrigo Toscano de Brito, diante da situação fática dois institutos poderiam ser implementados, restando ao proprietário manejar a ação reivindicatória em seu favor para garantir a indenização.

Esse é um aspecto prático relevante, pois na medida em que o proprietário se vê na iminência de perder a propriedade – que pode ser buscada por usucapião coletiva – ingressa com a ação reivindicatória, terá ele duas chances em seu favor: sair vencedor ou, na hipótese do exercício do direito contido no §4º do art. 1228, poderá ser indenizado por parte do ‘considerável número de pessoas’ (BRITO, 2009, p.127)

A análise tormentosa acerca do pagamento da referida indenização nos apresenta noção rasa acerca da desconfortável aplicabilidade do dispositivo em

análise. Tratar o pagamento da indenização como fator de legitimação do instituto, como se isso o revestisse da proteção constitucional, não nos parece plausível. Na prática, tal exigência o torna ainda mais ilegítimo e incoerente. Essa a opinião de Salles:

Como se vê, tudo com "fundamento" numa indenização que ninguém sabe ao certo quem deve pagá-la (porque o §5º do art. 1228 do CC não esclarece quem deve pagá-la) e que, por isso mesmo, não pode ser imputada a ninguém, o que transforma o Enunciado 311 num verdadeiro confisco! (SALLES, 2009, p. 690-691)

Não se ocupando da discussão e produção de enunciados, a II Jornada de Direito Civil fora seguida da III, da qual se originaram os enunciados 240 e 241

Preceitua o **enunciado 240** que *A justa indenização a que alude o parágrafo 5º do art. 1228 não tem como critério valorativo, necessariamente, avaliação técnica lastreada no mercado imobiliário, sendo indevidos juros compensatórios*. Estes somente seriam admitidos na desapropriação administrativa direta – STJ, súmulas 69 e 113

A respeito do quantum da indenização, assevera a Professora Maria Helena Diniz (2002, p.178) que o proprietário não receberá de volta o bem de raiz, mas sim o justo preço do imóvel. Ressalta ainda que não seja computado valor das benfeitorias, por serem produto do trabalho alheio.

Na esteira do raciocínio, sugere Lima ao se referir à desvalorização do imóvel por eventuais deteriorações:

Do mesmo modo que o ordenamento jurídico repele o enriquecimento à custa alheia, a idéia do proprietário experimentar desfalque encimado na ação de terceiros é também refutada. A indenização haverá de ser "justa", giza a disposição. Convém notar que a locução "benfeitorias" é empregada em sentido amplo, continente das *acessões*. (LIMA, 2009, p. 111).

As benfeitorias realizadas pelo proprietário à época que tinha a posse do imóvel devem ter seu valor computado na indenização, que não deverá abranger somente o valor do solo. (RAMOS, 2009, p. 10)

Ainda quanto ao valor da indenização, assevera que:

Por epítome, é de ter presente que, se a propriedade adquirida sujeitar-se a gravame de alguma espécie, o *quantum* da indenização o desprezará, porque o vínculo clausulará a indenização substitutiva. O sistema da

“indenização única”, vigente no quadrante das desapropriações, vale igualmente aqui, por *analogia jùris*. (RAMOS, 2009, p.113)

Vale lembrar, entretanto, que o diploma processual civil exige a cientificação (intimação) de credores com garantia real e os chamados credores singulares que tenham reservado o bem através da penhora, acerca da expropriação do referido bem (desapropriado, alienado compulsoriamente...), conforme os artigos 615, II; 619; 698. Ainda, o artigo 1.047, inciso II, prevê o direito de o credor obstar a alienação judicial da qual não foi cientificado por meio de embargos de terceiro.

Pertinente também a referência ao art. 5º, LIV da CR/88, que garante a todos os titulares de direitos acesso ao devido processo legal.

O devido processo legal processual, com base em Gozaíni e Danielle Pamplona, caracteriza-se na proibição de privação da liberdade ou do patrimônio da pessoa, sem a oportunidade de expor suas razões e ser ouvida, constitui-se nos princípios processuais que regem o processo e estão estatuídos na Constituição, desdobrando-se principalmente no contraditório, ampla defesa, publicidade, inafastabilidade da jurisdição. É costume referir-se a esse aspecto como formal, em contraposição ao material²⁰. (PAMPLONA, 2009, p.67-68 e 120; LEAL, 2009, p.51; DONIZETTI, 2010, p.65-66).

O **enunciado 241** estabelece que *o registro da sentença em ação reivindicatória, que opera a transferência da propriedade para o nome dos possuidores, com fundamento no interesse social (art. 1228, §5º), é condicionado ao pagamento da respectiva indenização, cujo prazo será fixado pelo juiz.*

Mais uma vez observa-se o excessivo domínio de determinações fáticas nas mãos do juiz, que, além de reconhecer o que é de interesse social, o que em regra não lhe compete, propicia a perda da propriedade do até então titular e indica qual o prazo de pagamento dos possuidores ou do Estado. Prazo? Por que atribuir-se prazo para pagamento do preço de um imóvel que já não mais se encontra com seu antigo titular? Não seria razoável que a discutida indenização se estabelecesse automaticamente ao reconhecimento e configuração do instituto?

²⁰ O devido processo legal substantivo ou material atua principalmente como limitador do poder, a atividade estatal deve conformar-se com o princípio, não podendo privar o indivíduo de certos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, por essa razão constitui-se numa forma de controle da discricionariedade do ato administrativo, desdobra-se, dentre outras, nas normas que estabelecem o direito de ação, o direito de propriedade, a inviolabilidade de domicílio, e indispensável fundamentação das decisões. (PAMPLONA, 2009, p.67-68 e 120).

Adiante comentaremos o Enunciado 311 segundo o qual *Caso não seja pago o preço fixado para a desapropriação judicial, e ultrapassado o prazo prescricional para exigir o crédito correspondente, estará autorizada a expedição de mandato para registro da propriedade em favor dos possuidores.*

No momento importa apenas ressaltar o quão incoerente se mostra o referido enunciado, vez que contraria o enunciado 241, que condiciona a transferência da propriedade ao pagamento da indenização.

Ora, a todo momento a expropriação é justificada pela inércia do proprietário considerado não cumpridor de seus deveres dominiais. Inexplicavelmente, o CJF pretende privilegiar a inércia dos possuidores, não cumpridores da obrigação de pagar a indenização, atribuindo-lhes a propriedade do imóvel.

Ao proprietário cabia a pretensão de reaver seu imóvel. Tendo sido esta considerada improcedente ou tendo sido a pretensão revertida em direito à indenização, cabe agora aos possuidores o dever de pagar, sob pena de perderem o direito de aquisição. Nesse sentido os comentários ao enunciado 311.

Finalmente, busca-se na IV Jornada de Direito Civil os enunciados 304 a 311, sendo que os de números 304, 308 e 311 já foram oportunamente abordados.

O **enunciado 305** estabelece que *há para o ministério público o poder-dever de atuação na desapropriação judicial por envolver relevante interesse público.* Segundo o **enunciado 307**, *na desapropriação judicial (art. 1228, §4º), poderá o juiz determinar a intervenção dos órgãos públicos competentes para o licenciamento ambiental e urbanístico.*

A justificativa de Pedro Leonel de Carvalho, mentor do referido enunciado fora apresentada em citação feita por Farias e Rosenvald acerca do enunciado:

O fato de o poder público ser “sempre responsável pelos assentamentos populacionais em extensas áreas, quer quando regulariza as ‘invasões’ pelo atendimento, nelas, de obras públicas (urbanização e infra-estrutura); quer quando provê serviços públicos (saúde, escolas, segurança, água, esgotos, telefone e energia elétrica); quer ainda quando, às vezes, não propiciou a requisição de força policial para fazer cumprir decisões em ação possessória. É natural, assim, que seja chamado a integrar a lide na ‘desapropriação judicial’ sob pena de ver-se frustrado o princípio da justa indenização da propriedade, sabido ser o particular quase sempre um hipossuficiente para atender à indenização de que trata o §5º do mesmo art. 1.228. Inegável é que, com essa fórmula, atender-se-á a um só tempo aos princípios constitucionais da função social da propriedade e da justa indenização”. (FARIAS. ROSENVALD, 2010, p. 44)

Pertinente a opinião favorável à intervenção de Órgãos Públicos no processo, uma vez que em situações semelhantes se faz necessária a sua presença. Não procede, como comentamos, a qualificação do Estado como garantidor ou devedor subsidiário da indenização. A solidariedade passiva na qual se enquadra o Estado, na opinião de alguns doutrinadores, absolutamente não tem lugar, visto que é sabido ser a solidariedade decorrente tão somente de lei ou contrato, o que não é o caso.

O **enunciado 306** estabelece que “*A situação descrita no § 4º do art. 1228 do Código Civil enseja a improcedência do pedido reivindicatório*”.

Importante ressaltar, entretanto, que o referido entendimento dá azo a análise, em sede de juízo petitório, de situação possessória, o que se discute em regra no juízo possessório.

Ademais, adotado o entendimento que assimila o instituto como um contradireito processual, incoerente seria a interpretação do referido enunciado. O proprietário, vencedor da demanda, não receberá de volta o bem de raiz, mas sim o justo preço do imóvel. (DINIZ, 2010, p. 178)

Quanto à natureza do objeto pretendido pelo proprietário opina Lima:

De harmonia com o exposto, o autor da demanda em ordem à conquista da posse sobre o bem não será propriamente vencido, porque não se proclamará a inexistência do direito subjetivo apontado na petição inicial²¹. A pretensão à entrega não será rigorosamente desacolhida, senão prestigiada, conquanto modificado o objeto a restituir. (LIMA, 2009, 114-115).

Sendo contrário o entendimento, acatada seria a absurda exigência de ajuizamento de ação autônoma por parte do proprietário vencido, para fazer jus a sua indenização, pois, sendo considerada improcedente a ação reivindicatória, não serviria a sentença declaratório-negativa como título executivo em execução por quantia certa contra os possuidores, “vencedores” da disputa. Diga-se de passagem, circunstância que ofenderia um dos tripés estruturadores do novo Código Civil, qual seja a operatividade.

O **enunciado 309** esclarece que “*O conceito de posse de boa fé de que trata o art. 1201 do Código Civil não se aplica ao instituto previsto no §4º do art. 1228*”.

No entendimento de Christiano Cassettari (2008, p. 113) trata-se de boa fé objetiva, segundo a qual seria imputada uma regra de conduta, qual seja dar à

²¹ Sabe-se que as sentenças de improcedência (CPC art. 269, I), preponderantemente, contêm carga de declaração negativa, de inexistência de direito material suscitado na petição inicial.

propriedade sua função social. O implemento da função social deveria ser inerente ao exercício dos poderes do proprietário, apesar de sua ausência não comprometer a titularidade da propriedade. Nesse sentido a função social se apresentaria como uma espécie de dever anexo aos deveres do proprietário e não de um dever inerente a essa condição.

Tepedino profere sua opinião quanto ao conceito de boa-fé ventilado no instituto:

A interpretação literal ao dispositivo levaria à sua inaplicabilidade prática, sendo difícil caracterizar nestes casos a boa-fé subjetiva, ou seja, o desconhecimento do vício possessório nas situações ali descritas. A interpretação há de ser, aqui, evolutiva e ampliando-se a legitimidade dos títulos para este efeito.

O que se deve sublinhar em relação à expressão boa-fé, constante do § 4º do art. 1.228, é que, rigorosamente, não é a boa-fé, tal como gizada no art. 1.201, não coincidindo com o sentido aí empregado, e, nem com o da tradição histórica. Mas parece não ser possível ler-se essa boa-fé com o significado radicalmente oposto à essência da boa-fé.

O que se deve remarcar em relação à expressão boa-fé, constante do § 4º do art. 1.228 é que, rigorosamente, não é (não pode ser) a boa-fé, tal como gizada no art. 1.201. É – como se acentuou – elemento nuclear da noção de boa-fé o de não lesar conscientemente outro. A noção do art. 1.201, ainda que tendo implicado esse elemento central, completa-se com a idéia extensiva de âmbito da boa-fé no caso, com o sentido de que aquele que está de boa-fé julga-se dono da coisa (ou, extensivamente, ao menos, que tem algum direito sobre a coisa). É precisamente isto que não se passa, por definição, com a idéia de boa-fé, tal como está no § 4º do art. 1.228. Em relação a esta última noção, o que se pode dizer é que esses que são os potenciais beneficiários da aplicação dessa regra estavam na coisa originariamente com posse justa (salvo se esbulhadores), mas não rigorosamente subsumível a sua boa-fé à idéia matriz do art. 1.201. Em relação a essa situação é compreensível que o direito possa proporcionar uma expectativa de futura titularidade. (TEPEDINO, 2006, p. 160-161)

A questão não é problematizar o novo sentido em que tentaram empregar a boa-fé exigida no § 4º do art. 1.228. Não se trata de amesquinhar a literalidade do dispositivo desprezando seu sentido ético.

Considera-se que razoável seria, se o próprio legislador tivesse explicitado sua intenção ao exigir a boa-fé, como o fez no art. 1.201. Com mais essa omissão, vem tomando instituto perfil de colecionador de imprecisões.

Quão seguro será um instituto que precisa, a todo momento, ser deduzido em face de lacunas deixadas sem propósito algum? A esse respeito, Maluf:

Esse texto do § 4º do art. 1.228 nasceu com o anteprojeto de Código Civil. É preciso ter presente que, nessa época, não havia no Brasil as invasões de propriedades agrícolas (e nem de imóveis nas cidades). Isto quer dizer mesmo historicamente que esse texto não nasceu para a proteção de invasores/esbulhadores, parecendo, de resto, inconcebível mesmo que

assim tivesse sido ou que assim possa vir a ser entendido. Ademais disto, refere-se esse texto ao requisito da boa-fé, o qual parece ser insuscetível de encontrar qualquer explicação em relação a invasores, por mais “flexível ou benevolente” que se pudesse pretender ser em relação a uma noção dilargadíssima de boa-fé. Poder-se-ia pretender dizer, como parte da literatura parece ter ao menos implicitamente considerado – pois não se afirma que o texto não possa beneficiar invasores, que a norma poderia dizer respeito a invasores, propriamente ditos. Dir-se-ia mais, que este entendimento, que afasta do âmbito desse § 4º a figura de invasores, representaria a *mens legislatoris*, ao passo que, uma outra interpretação contemporânea (e, que tivesse em pauta o drama das invasões de propriedades), configurar-se-ia como uma interpretação da *mens legis*, *i.e.*, ter-se-ia despregado a lei do que houvesse sido cogitado pelo legislador, quando editou o Código Civil e que, com esse outro entendimento, atender-se-ia a uma realidade contemporânea. Todavia esse entendimento esbarra – entre outros óbices – em um que a nosso ver é intransponível, que é a impossibilidade de explicação da boa-fé em relação aos invasores. Por estas razões, [...] a situação desses ocupantes é a em que se possa enxergar e vislumbrar ‘legitimidade’, tal como a situação de parceiros, com contratos de parceria vencidos, mas ocupando por cinco anos ininterruptos; aqui sim, pode-se reconhecer a presença, ao menos, do núcleo ético que informa a boa-fé. E aplicar-se-á o texto a situações análogas. Devemos consignar que esta idéia, que é aqui acolhida, foi sugerida pelo Prof. e Des. Álvaro Boourguignon, do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, durante um longo e proveitoso dia de trabalho, em que ministramos a aula inaugural para os juízes do Espírito Santo, no curso do dia 17 de fevereiro de 2006, no âmbito do convênio da Escola da Magistratura do Espírito Santo (EMES) e a Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). (MALUF, 2003, p. 524)

Ao justificar o enunciado, Rodrigo Mazzei acentua que

Ao que parece, houve um atropelo legislativo, confundindo os conceitos de posse de boa-fé com o de posse justa, pois é possível que tenhamos posse de má-fé que não seja injusta, isto é, não violenta, não clandestina e não precária, nos termos do art. 200 do Código Civil. É perfeitamente exigível, dentro do escopo da norma, que se reclamasse a posse justa como requisito para a figura do §4º do art. 1.228 do Código Civil, já que com tal postura se fecharia a porta do instituto para aqueles que adquirissem a posse com violência ou clandestinidade, marcas comuns em invasões deflagradas por grandes grupos (por vezes organizados e detentores de considerável capital). No entanto, seguindo nossa visão, houve enleio do legislador, confundindo conceitos absolutamente distintos que gravitam sobre o instituto da posse (posse de boa-fé com posse justa). (FARIAS. ROSENVALD. 2010, p. 50-51) (AGUIAR JR., 2007)

Figueira Junior também atribui à boa-fé sentido de posse justa, na tentativa de justificar a exigência legislativa

Mister se faz conferir interpretação histórica e extensiva à expressão *boa-fé* contida no § 4º do art. 1.228 do CC, assim compreendido nesse contexto o conceito de *posse justa* (posse não viciada por atos de violência, clandestinidade ou precariedade), sob pena de subversão do próprio estado democrático de direito. (FIGUEIRA JUNIOR, 2006, p. 240).

A respeito da passagem acima citada vale apenas lembrar: ainda que o legislador quisesse se referir a posse justa ao citar a “boa-fé”, desnecessária seria a menção, pois por política legislativa o Ordenamento Jurídico não se ocupou da tutela das hipóteses de detenção, caracterizadas dentre elas pela injustiça da posse.

O **enunciado 310 estabelece** que *“Interpreta-se extensivamente a expressão ‘imóvel reivindicado (art. 1228, §4º), abrangendo p pretensões tanto no juízo petitório quanto no possessório”*.

Nesse sentido ponderou o Ministro Teori Albino Zavascki:

Por outro lado, o conflito de interesses poderá surgir não apenas no âmbito de reivindicatórias, mas também em interditos possessórios, não sendo plausível negar-se, nessas situações, a utilização, pelos possuidores demandados, das prerrogativas asseguradas pelo instrumento agora proposto. O que se quer, em suma, enfatizar é que a interpretação teleológica do dispositivo haverá de presidir sua aplicação, 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 (ZAVASCKI, 2002, p. 12)

Expressando-se favoravelmente ao enunciado Farias e Rosenvald se pronunciam da seguinte maneira:

Se assim não fosse, facilmente o proprietário fraudaria o objetivo social do novo modelo jurídico, pois sabedor do risco de reivindicar contra possuidores que ocupam o seu imóvel há um lustro, adotaria a alternativa da ação de reintegração de posse para retomar o bem sem o risco do pedido contraposto por parte da coletividade de possuidores. (FARIAS, ROSENVALD, 2010, p. 42)

Vale ressaltar, entretanto, que a hermenêutica jurídica proíbe a interpretação extensiva de normas que sejam restritivas de direitos fundamentais, a propriedade é um direito fundamental, garantido constitucionalmente, senão, pelo menos a sua tutela.

Ainda que se considerasse a possibilidade de o proprietário se valer da via possessória para se safar da expropriação judicial, é preciso asseverar que, no juízo possessório, o que se discute é a posse e não a titularidade, de modo que também por meio da reintegração de posse ele restaria vencido, uma vez que não exercitara a posse por pelo menos cinco anos. A única possibilidade de reaver seu imóvel seria por ação com pretensão reivindicatória. Não é outro o entendimento dos autores acima citados.

Hoje, não se pode mais discutir propriedade no plano possessório, havendo a revogação do art. 923 do Código de Processo Civil, considerando-se a posição doutrinária e jurisprudencial da interpretação literal e restritiva da norma processual. Defende-se aqui a singularidade da posse, em sua função social, vedado o questionamento de qualquer resíduo de propriedade, perscrutando-se apenas o mundo fático. (FARIAS, ROSENVALD, 2010, p. 42)

O próprio Conselho de Justiça Federal, na I Jornada de Direito Civil, em seu **Enunciado 78** dispôs que:

Tendo em vista a não-recepção pelo novo Código Civil da *exceptio proprietatis* (art. 1.210, §2º) em caso de ausência de prova suficiente para embasar decisão liminar ou sentença final ancorada exclusivamente no jus possessionis, deverá o pedido ser indeferido e julgado improcedente, não obstante eventual alegação e demonstração de direito real sobre o bem litigioso.

Verifica-se a opção do legislador pela separação dos juízos possessório e petitário. Assim sendo, não sendo possível a discussão da propriedade em ação possessória, não faria sentido algum o debate acerca do direito de aquisição de propriedade nos autos de ação possessória (FREITAS, 2008, p.113)

Ademais, partindo-se do pressuposto de que se está diante de instituto pautado, quase que exclusivamente, em cláusulas abertas, temos que a referência à ação reivindicatória é uma das poucas exigências precisas das quais se valeu o legislador. Diante de tantas lacunas, por que se teria ele referido especificamente ao “imóvel *reivindicado*”? Por que não se referir tão somente ao direito do proprietário de reaver seu bem injustamente possuído por terceiros, seja pelo juízo possessório, seja pelo petitário?

A esse respeito ainda, o **enunciado 311** da mesma jornada, segundo o qual *Caso não seja pago o preço fixado para a desapropriação judicial, e ultrapassado o prazo prescricional para exigir o crédito correspondente, estará autorizada a expedição de mandato para registro da propriedade em favor dos possuidores.*

Ter-se-ia o legislador referido à necessidade de o proprietário ajuizar ação autônoma para persecução da indenização à qual faz jus? Sobre isso falamos anteriormente.

Quanto ao prazo para pagamento, chama atenção o legislador, ao definir e especificar, o que não é comum, que ao juiz competirá fixá-lo, não obstante não se tenha referido aos critérios que seriam observados para tal (vulto da quantia, poderio

econômico dos possuidores, necessidade do proprietário...). Em não observando o prazo referido, será apenado com a destituição da condição de proprietário, vez que autorizado estaria o registro em nome dos possuidores. Comentários a esse respeito já foram tecidos.

Parece acertado o entendimento segundo o qual a propriedade somente passará à titularidade dos possuidores após o pagamento da justa indenização. Nesse sentido, mantendo-se na condição de proprietário, no período caracterizador do inadimplemento dos possuidores, teria ele o direito de reaver seu bem.

Omitiu-se, entretanto, quanto à possibilidade de inadimplemento dos possuidores. Restaria ao proprietário executar a sentença, ou ajuizar ação autônoma de cobrança, conforme já analisamos, ou poderia ele pretender a devolução do imóvel vindicado? Viana articula uma solução, qual seja:

Por tudo isso, parece melhor a orientação segundo a qual, decorrido o prazo judicialmente fixado para o pagamento da “justa indenização”, tem-se por restabelecida a pretensão à entrega específica do imóvel. Ou, com mais precisão, à luz das premissas anteriormente expostas, pode-se dizer que *o não exercício do direito potestativo à aquisição forçada pelo não pagamento da indenização no prazo judicialmente fixado é causa extintiva desse direito de modificação do objeto a restituir, de tal arte remanesce, para o proprietário, a pretensão à entrega específica do imóvel reivindicado* (LIMA, 2009, p. 118).

[...] findo o qual (prazo) o bem seria restituído ao proprietário, no que está implicada a assertiva de desfazimento da situação; com isto, a partir desse momento, configurar-se-ia, então, esbulho, recuperando a reivindicatória, ou reintegração de posse a sua vitalidade. (VIANA, ano, p. 53).

Para aqueles que rechaçam a hipótese de esbulho, sob a alegação de que os possuidores se enquadrariam como meros inadimplentes obrigacionais, restaria a indagação:

Como, em sede de execução do débito, penhorar um bem que resguarda o próprio acervo patrimonial? Não havendo resposta, parece mais pertinente a consideração da condição de esbulhadores.

Como se observa, não foram poucas as iniciativas interpretativas que se ocuparam do assunto. Precisamente 13 enunciados tentaram promover entendimento do instituto, para o qual o legislador timidamente dispensou dois parágrafos no contexto do art. 1.228.

Duas são as conclusões a que se poderia chegar: uma, pecou o legislador por lançar mão de um instituto, sem explicitar as regras que garantiriam sua

funcionalidade; duas, resta comprovada a excessiva abstração dos referidos parágrafos que ensejaram a produção de tantas linhas interpretativas na tentativa de explicá-los, o que o legislador não pretendeu ou não conseguiu fazer.

6 VALIDADE DA NORMA À LUZ DA TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO

O presente estudo teve como marco teórico a Teoria Tridimensional do Direito adotada/criada pelo professor Miguel Reale. O objetivo de se analisar a referida teoria consiste em fazer um contraponto entre a concepção de validade da norma à luz do tridimensionalismo e a validade da norma do art. 1228, §§4º e 5º do Código Civil de 2002, que teve como um de seus idealizadores o respeitado jusfilósofo.

Segundo Reale (2001, XVII) as considerações acerca da validade de uma norma jurídica perpassam normalmente por pontos essenciais: um relacionado ao atendimento das exigências sociais, que exigem a apresentação de normas capazes de solucionar concretamente seus problemas, e outro relacionado ao desenvolvimento de idéias, ainda que contrastantes com as convicções dominantes.

A partir dessas considerações, na década de sessenta,²² inovou o autor ao situar a Teoria Tridimensional do Direito, pela primeira vez, na história das idéias jurídicas, com o objetivo de demonstrar como a solução por ele oferecida, sob novo prisma, vinha sendo percebida em relação à experiência, não se restringindo ao campo das cogitações.

O autor admite que a originalidade do jusfilósofo ou do jurista não resulta de transformações radicais e, nesse sentido, coloca-se como o primeiro a situar a idéia do tridimensionalismo em nosso Ordenamento Jurídico. Atribui-se o mérito de ter insistido no valor objetivo da apontada “estrutura fundamental”, sob pena de ficar adstrita a determinadas posições filosóficas. Reivindica também o mérito de promover a demonstração de que havia a necessidade de superações.

[...] necessidade de superar a colocação da tridimensionalidade em termos genéricos e abstratos, para situá-la de maneira específica e dinâmica, de modo a permitir respostas mais adequadas aos problemas da ciência do Direito, no concernente, por exemplo, à elaboração das diferentes espécies de “modelos jurídicos”, à sua vigência e eficácia e à sua interpretação. (REALE, 2001, XVIII)

²² A idéia traduzida pela teoria tridimensional vinha sendo desenvolvida por Miguel Reale desde 1940, embora à época não fosse empregada tal denominação. A apresentação inicial do direito como “uma realidade bidimensional”, embora a teoria tridimensional no mundo jurídico já estivesse delineada nas obras do autor datadas de 1940, justificava-se, segundo ele, pelo fato de que não havia ainda chegado a uma conclusão, destinada a marcar ponto decisivo na evolução de seu pensamento, quanto à necessidade de se considerar o *valor* com sua devida função dentro da experiência jurídica de maneira autônoma. (REALE, 2001, p. 59)

A tridimensionalidade se apresenta sob várias formas e tem seu desenvolvimento autônomo em diversas áreas culturais, desde o Common Law até os sistemas jurídicos de formação romanística, que, apesar de partirem de pressupostos filosóficos distintos, chegam a conclusões análogas, pautadas no fato de que a estrutura fundamental da vivência jurídica é tridimensional (REALE, 2001, XVIII).

Nesse contexto pretende-se desenvolver o presente capítulo a partir de algumas perspectivas, partindo de uma breve contextualização histórica até chegar a sua interpretação em alguns países culminada na concepção brasileira inaugurada pelo professor Miguel Reale.

6.1 Breve contextualização histórica da teoria tridimensional

A chamada sociedade oitocentista impôs tendências econômicas e jurídicas que se curvavam ao influxo do individualismo liberal. A liberdade política e a autonomia da vontade trabalhadas nos moldes do Estado Liberal impunham a discussão da validade da norma tão somente sob o aspecto formal ou de vigência. Afinal, pacificada era a idéia de que deveria haver uma correspondência essencial entre a realidade sócio-econômica e os modelos jurídicos consagrados nas leis.

A segurança jurídica decorrente de um dispositivo legal era pautada na verificação dos requisitos de obrigatoriedade, percebidos desde a constituição regular dos órgãos legiferantes até o processo de formulação da norma.

Um verdadeiro culto à lei se estabelecia, e dele decorriam o apego à independência das funções legislativas e ao princípio da separação dos poderes; a redução da interpretação judicial ao significado inerente ao ato legislativo, assim como a subordinação do juiz à provável intenção do legislador. Segundo Reale (2001, p. 16) tudo revelava o *status* de uma sociedade convicta da eficácia e da justiça de suas opções normativas.

As inovações verificadas na ciência e na tecnologia deram azo a diversos conflitos de ordem social e ideológica e acarretaram a superação do sistema jurídico-político individualista para consagração de um Estado de Direito fundado na justiça social. Parte dos juristas, filósofos e sociólogos acreditavam em uma sociedade disposta a comprometer parte de sua liberdade individual em prol da sociedade.

Aqui toma espaço a questão da efetividade ou da eficácia da norma e o conseqüente sacrifício da certeza e da segurança jurídica até então supervalorizado. O caminho a ser percorrido, a partir daí, se guiou desde soluções pautadas na intuição emocional dos juristas caracterizando o direito espontâneo, até a utilização do método indutivo. Como bem explica Comte, citado por Reale (2001, p.19), a questão se resumia na substituição da metafísica dos fazedores de leis pela ciência positiva dos descobridores de leis.

Foi essa a direção seguida por todas as formas de *sociologismo jurídico*, isto é, pelos naturalistas e realistas do direito que cuidaram e ainda cuidam ser possível e imprescindível formar juristas-sociólogos, destinados à análise do fenômeno jurídico segundo seus nexos de causalidade ou de funcionalidade, numa “pura descrição dos dados jurídicos” [...]. A essa luz, direito só pode ser o *direito em sua eficácia social*, do qual as regras jurídicas seriam signos, como sínteses explicativas de uma classe de resultados cientificamente previsíveis. (REALE, 2001, p.19)

No avançar das buscas pelo entendimento do Direito, teorias intermediárias se estabeleceram sem apego excessivo à tendência intuitiva e tampouco ao positivismo exacerbado. Nesse momento alguns filósofos rechaçam o estudo da vigência e da eficácia para se debruçarem tão somente sobre o estudo do fundamento do Direito.

Nessa breve contextualização histórica são identificadas formas distintas de tridimensionalismo jurídico, que puderam ser observadas até mesmo nas entrelinhas da Teoria Pura do Direito, de Kelsen, cujo normativismo não poderia ser confundido com o legalismo.

Trata-se de tendência observada, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, segundo a qual as questões jurídicas mereceriam análise global, dispensadas as predileções reducionistas e tendenciosas de áreas específicas do conhecimento humano.

Reale (2001, p.21-22) adverte que a vigência, a eficácia e o fundamento são elementos intrínsecos a quaisquer circunstâncias jurídicas e, ainda que de alguma maneira sejam percebidos apenas sob o aspecto metodológico, ou como critérios de contraposição geradores de antinomias (Radbruch), reconhece a necessidade de compreensão dialética desses elementos numa relação de complementaridade.

6.2 Teoria tridimensional do direito no direito comparado

As diversas teorias, expressões e interpretações que reconhecem o aspecto tridimensional do direito merecem análise, sob pena de se furtarem do entendimento do assunto aspectos importantes que marcaram as diferentes culturas. Sobre tais diferenças assevera Reale:

Como a experiência jurídica é variável em seus parâmetros, de país para país, ainda que situados na mesma área cultural; como as conjunturas históricas e os coeficientes pessoais de estimativa são diversos perante as mesmas situações de fato, compreende-se a multiplicidade das formas de tridimensionalismo jurídico [...] – mas são todas expressões de um mesmo *desideratum*, que consiste em inserir a jurisprudência no fluxo da história e da vida, sem perda dos valores de rigor técnico, de certeza e de segurança exigidos por uma ciência que, tal como nos ensinam os mestres de todos os tempos, deve ser estável mas não estática, deve ser certa sem se cristalizar em fórmulas rígidas, ilusoriamente definitivas. (REALE, 2001, 14)

Na Alemanha temos como precursores do assunto Emil Lask e Gustav Radbruch, mestres da Escola Sudocidental alemã, cujas obras citadas por Reale (2001, p. 23) influenciaram todas as culturas jurídicas de tradição romanística.

A teoria por eles idealizada estabelecia um nexos necessário entre os valores ideais e os dados da experiência jurídica, ou seja, a ligação entre a realidade empírica e o ideal do direito diante de uma cultura ou história²³. Estabelecia-se uma nova concepção do homem e da sociedade em termos de cultura, ensejando a consideração global do fenômeno jurídico, afastando-se a partir de então as visões unilaterais da vida jurídica.

Nesse contexto podem-se perceber traços do tridimensionalismo, com a identificação de três planos, quais sejam: do valor ou do “dever ser”; da realidade ou do “ser” e da cultura ou do “ser referido ao dever ser”, que permitia uma distribuição de pesquisas entre filósofos, sociólogos e juristas, que estudariam respectivamente a transcendentalidade dos valores jurídicos, os questionamentos das leis que regem as estruturas do Direito e o Direito impregnado de significações normativas (Reale, 2001, p. 25).

²³ Apesar de sua deficiência, representou um grande passo a idéia dos Neokantianos de interpor, entre realidade e valor um elemento de conexão: a cultura, significando o complexo das realidades valiosas, ou, como esclarece Radbruch, “referidas a valores”.

Reconhecido como tridimensionalismo *genérico e abstrato*, permite a análise de três elementos assim reconhecidos e integrados, que segundo Lask instituiriam a Ciência integral do Direito.

Na Itália a tridimensionalidade deu seus primeiros passos a partir dos pensamentos jusfilosóficos de Icillio Vanni e de seu discípulo Giorgio Del Vecchio, citados por Reale (2001, p.28), que dividiam a Filosofia do Direito em Gnoseologia jurídica (pertinente ao direito), Deontologia (relativa ao direito como fato social) e Fenomenologia Jurídica (voltada para os deveres jurídicos) restringindo-se ao aspecto didático ou pedagógico, sem elevar a análise ao plano da Ciência Positiva do Direito, ou seja, da experiência jurídica.

A esse respeito Reale (2001, p. 118) indagava: No fundo dessa divisão pedagógica, não se esconde um problema essencial quanto à estrutura da experiência jurídica? Não é necessário ir além de uma discriminação metodológica para se alcançar a realidade jurídica em si? Aliás, foi a partir dessas indagações que o jus filósofo teve suas primeiras intuições acerca do tridimensionalismo.

A importância da correspondência das “tarefas da Filosofia do Direito” com a experiência jurídica foi compreendida com mais intensidade tempos depois e vem sendo objeto de estudo nas últimas décadas.

Bobbio relatou a tridimensionalidade ao distinguir as funções da Filosofia do Direito, da Sociologia Jurídica e da Teoria Geral do Direito: a primeira pautada na Teoria da Justiça cujo objeto é a determinação dos *fins* nos quais a sociedade deve se inspirar; a segunda identificando os *meios* pelos quais os fins se realizariam; e a terceira indicando a *forma* dentro da qual os meios devem conter-se para alcançar os fins visados.

De fato, frente a qualquer norma jurídica podemos colocar uma tríplice ordem de problemas: 1) se é justa ou injusta; 2) se é válida ou inválida; 3) se é eficaz ou ineficaz. Trata-se de três problemas distintos: da *justiça*, da *validade* e da *eficácia* de uma norma jurídica. (BOBBIO, 2008, p. 46)

Para Bobbio (2008, p.46) o problema da justiça está em se identificar se a norma está apta ou não a realizar os valores do ordenamento jurídico. O problema da eficácia resulta da verificação de ser ou não seguida a norma pelos seus destinatários. Finalmente, o problema da validade consiste em verificar se ela existe

ou não como regra jurídica, ou seja, não se trata de uma análise valorativa e sim fática. Para tanto o autor sugere a realização de três operações.

1) averiguar se a autoridade de quem ela emanou tinha o *poder legítimo para emanar normas jurídicas*, isto é, normas vinculantes naquele determinado ordenamento jurídico (esta investigação conduz inevitavelmente a remontar até a norma fundamental, que é o fundamento de validade de todas as normas de um determinado sistema); 2) averiguar se não foi *ab-rogada*, já que uma norma pode ter sido válida, no sentido de que foi emanada de um poder autorizado para isto, mas não quer dizer que ainda o seja, o que acontece quando uma outra norma sucessiva no tempo a tenha expressamente ab-rogado ou tenha regulado a mesma matéria; 3) averiguar se não é *incompatível* com outras normas do sistema (o que também se chama *ab-rogação implícita*), particularmente com uma norma hierarquicamente superior (uma lei constitucional é superior a uma lei ordinária em uma Constituição rígida) ou com uma norma posterior, visto que em todo o ordenamento jurídico vigora o princípio de que duas normas incompatíveis não podem ser ambas válidas (assim como em um sistema científico duas proposições contraditórias não podem ser ambas verdadeiras). (BOBBIO, 2008, p. 47)

Reale (2001, p.29) não considerou os elementos apontados por Bobbio (fim, meio e forma) à luz da teoria tridimensional. Segundo o autor, o que se apresentava era apenas uma tricotomia e não exatamente uma compreensão tridimensional que leve em consideração a experiência jurídica, caracterizando-se como uma concepção de cunho meramente metodológico²⁴.

Pretender ordenar juridicamente a vida humana para que se realizem efetivamente os valores de convivência equivale a colocar o direito em dimensão tridimensional, reconhecendo-se, portanto, a interdependência dos três fatores como condição *sine qua non* daquele objetivo. (REALE, 2001, p. 27)

A aspiração pelo concretismo fora atendida por teorias posteriores, que concluíram pela necessidade de uma consideração integral da experiência jurídica, na variedade de seus aspectos.

Na França Paul Roubier, lembrado por Reale (2001, p. 33), foi quem desenvolveu o estudo jurídico tridimensional, a partir do qual seriam identificadas três tendências: a *formalista*, relativa à segurança jurídica e à idéia de regra; a *idealista*, ligada à idéia de justiça e princípios aos quais se submeteriam as leis; e a

²⁴ Não obstante a valiosa opinião de Miguel Reale vale ressaltar na obra de Bobbio passagem em que ele se refere à experiência jurídica quando assim se pronuncia: *Nota-se que esta distinção de problemas não deve ser concebida com uma separação em compartimentos estanques. Quem deseja compreender a experiência jurídica nos seus vários aspectos deverá considerar que ela é parte da experiência humana cujos elementos constitutivos são: ideais de justiça a realizar, instituições normativas para realizá-los, ações e reações dos homens frente àqueles ideais e estas instituições* (BOBBIO, 2008, p.53).

realista que visa ao progresso social e à correlação do direito com a experiência real. A partir dessa concepção, outras se desenvolveram, mas segundo Reale (2001, p. 35) ainda sob uma perspectiva essencialmente abstrata.

Buscando a tridimensionalidade na seara do Common Law, verificamos a abertura do naturalismo a outras conjunturas históricas como a fonte de concepções expressamente tricotômicas. Disso resulta o reconhecimento da insuficiência e unilateralidade das fontes empiristas, jusnaturalistas e normativistas, assim consideradas segundo um prisma dominante ou exclusivo.

A esse respeito Reale (2001, p.37) ressaltou a conclusão do antigo mestre de Harvard, Roscoe Pound, pautada em três pontos de vista complementares, quais sejam: *analítico*, que cuida de um corpo de preceitos estabelecidos; *histórico*, voltado para as idéias tradicionais e para os costumes condicionadores de decisões e *filosófico*, centrado nos fins éticos e nas exigências ideais do Direito.

Decorre desse entendimento a concepção integral do Direito, da Ciência Jurídica ou da Jurisprudência, que acaba por se dividir em três ramos: a chamada *Jurisprudência Analítica*, que visa analisar a consistência das normas propostas, a *Jurisprudência Sociológica*, voltada para análise do comportamento humano diante da ordem jurídica, e a *Teoria da Justiça*, que investiga o “dever ser” ideal.

Acredita Reale (2001, p. 37) ser também um tridimensionalismo abstrato, pelo fato de representarem três campos de pesquisa que se relacionam depois de concluídas suas respectivas tarefas.

Ao abstrair outras que integram a experiência jurídica, determinada linha de pesquisa estabelece uma corrente de autonomia necessária, que muito lembra a tricotomia de Kelsen, que desacreditava a Jurisprudência Sociológica e a Teoria da Justiça das indagações de natureza jurídica. Josef Kunz, citado por Reale (2001, p. 38) denomina essa apreciação como *tricotomia implícita* ou *tridimensionalidade metodológico-negativa*.

Na cultura Ibérica, L. Legaz y Lacambra e E. Garcia Máynez inauguraram o reconhecimento da possibilidade de conciliação entre o Normativismo, a Axiologia e a Sociologia Jurídica, entretanto, com a definição muito clara de se tratar de elementos distintos e não espécies de um gênero comum. Tal entendimento evolui no sentido de se buscar uma compreensão da experiência jurídica, que aos olhos de Reale (2001, p.40) também retrata uma espécie de tridimensionalidade genérica.

O Ordenamento Jurídico Latino Americano sofreu influência do chamado tridimensionalismo perspectivístico, de Luís Recaséns Siches, que acabou por assimilar a tridimensionalidade proposta por Reale (2001, p.42), segundo a qual valor, norma e fato são dimensões unidas entre si em relações de essencial implicação.

A Universidade de Coimbra buscou a teoria da tridimensionalidade para exploração das fontes do direito. Segundo o mestre luso Cabral de Moncada, o costume teria relação com o fato da conduta humana, a norma legal expressaria o dever ser segundo a percepção do legislador, e a jurisprudência corresponderia à atualização dos valores para consecução de uma idéia de justiça. (Reale, 2001, p.43).

Ao comentar a teoria de Moncada, Reale (2001, p. 44) reconhece a pertinência da correlação estabelecida, mas alerta para o fato de que as fontes não se podem estabelecer com exclusividade de diretriz, no máximo com um normal predomínio, mas sempre por meio de uma unidade dialética

Não se pretendeu nessas poucas linhas buscar o entendimento aprofundado do tridimensionalismo, mas demonstrar sua marca em outras culturas. A tridimensionalidade, como visto, apresenta-se como fenômeno universal em resposta à não mais suficiente perspectiva positivista.

6.3 Tridimensionalismo na perspectiva realeana

As diversas concepções abstratas do tridimensionalismo, também reconhecidas como genéricas, que permitiam a justaposição ou hierarquização dos elementos ou, ainda, uma relação antinômica entre eles, foram, a partir de 1940, aos poucos, perdendo espaço.

Verifica-se a chamada tridimensionalidade específica, marco de um desenvolvimento dos estudos, segundo a qual, fato, valor e norma deixam de ser elementos separáveis da experiência jurídica para serem identificados como perspectivas ou momentos inelimináveis do direito, correlacionáveis dialeticamente. Ressalta-se, entretanto, que dentro dessa perspectiva várias subteorias tentaram se estabelecer.

Reale (2001, p.47) adverte que pesquisas nesse sentido nasceram na Alemanha concomitantemente aos seus estudos no Brasil e, a partir de então, a

compreensão unitária do tridimensionalismo do direito elevou-o a uma teoria propriamente dita²⁵.

Foi nesse momento²⁶ que Reale reconhece ter ousado no sentido de ter contrariado, a seu ver, o maior jurista do século, Hans Kelsen, ao perceber que o Direito não poderia ser concebido à sua maneira, ou seja, como uma simples norma. E foi com modéstia que se referiu a um dos maiores discípulos de Kelsen, Josef Kuns, que batizou (segundo Reale, generosamente) sua teoria de “fórmula realeana”, segundo a qual *o Direito é uma integração normativa de fatos segundo valores*.

Em 1953 Reale iniciou suas ponderações acerca da dialeticidade dos três elementos, uma dinamicidade integrante e convergente entre eles esquematicamente assim representadas:

<p>Fato → Valor → Norma → <i>Ciência do Direito</i></p> <p>Norma → Valor → Fato → <i>Sociologia do Direito</i></p> <p>Norma → Fato → Valor → <i>Filosofia do Direito</i></p>
--

Os esquemas acima nos remetem à conclusão de que o Direito é uma realidade tridimensional, sendo sempre composto por fato, valor e norma, permitindo, tão somente, uma variação no ângulo de pesquisa, o que vai depender do foco do pesquisador. Nesse sentido consegue-se perceber:

na Filosofia do Direito, a compreensão axiológica de fatos em função de normas; na Sociologia do Direito, a compreensão factual de normas em função de valores e, na Ciência do Direito, a compreensão normativa de fatos em função de valores. (REALE, 2001, p. 151).

Reale amplia seu conceito de dialeticidade em 1968, pois insere a idéia da complementaridade na experiência jurídica, apresentando-a sob o prisma tridimensional. O Direito não está solto no espaço, não é uma abstração, mas sim

²⁵ Prudentemente Reale se valia da expressão *concepção tridimensional*, pois não se sentia à vontade para se referir a uma teoria, a não ser no sentido lato. Segundo ele, de uma teoria propriamente dita somente se pode falar em sentido científico-positivo, a partir do momento em que foi reconhecida a dialeticidade entre si de fato, valor e norma. (REALE, 2001, p. 150).

²⁶ Foi na década de quarenta que Kelsen vivenciou o esplendor de sua carreira, sendo conhecido como jurista da norma, do normativismo hierárquico, da pirâmide das normas jurídicas, conforme expunha em sua *Teoria Pura do Direito* (1ª edição).

uma dimensão da vida humana, que está no processo existencial do indivíduo e da coletividade.

Assim, verifica-se a imersão de novos valores sobre a vida social que acarretam a alteração do sentido da norma, ou os mesmos valores incidindo sobre fatos diversos, que acabam por originar normas distintas. Tais situações caracterizam o que Reale (2001, p. 127) chama de Normativismo Concreto.

Finalmente o autor pretende justificar a importância do tridimensionalismo apresentado como teoria. Cita nesse desiderato o conceito criado por Nicola Abbagnano, relacionando-o posteriormente aos propósitos alcançados por sua Teoria Tridimensional.

[...] uma *teoria* deve constituir um esquema de *unificação sistemática* para conteúdos diversos; oferecer um complexo de meios de *representação conceitual e simbólica* dos dados observados, satisfazendo a uma *economia dos meios conceituais*; e, finalmente, constituir um conjunto de *regras de inferência* que consistam na previsão dos dados de fato. (REALE, 2001, p. 152)

Nos limites compatíveis com a natureza das ciências humanas, creio que a teoria tridimensional do direito atende a esses três pressupostos, pois ela vem, fora de dúvida, integrar em unidade orgânica conteúdos antes dispersos, vistos separadamente, ora como fato, ora como valor, ora como norma; permite uma representação simbólica dos dados que compõem a experiência jurídica, correlacionando-os *dialeticamente*, de maneira que os três fatores componentes se desenvolvam inter-relacionados no tempo, com possibilidade de prever-se, embora de maneira conjectural (e a *conjetura* é reconhecida, hoje em dia, como um dos elementos inerentes ao conhecimento científico), como eles poderão se influir reciprocamente, inclusive em função da superveniência de novas mutações factuais, axiológicas e normativas. (REALE, 2001, p. 152)

A Teoria Tridimensional teria também contribuído para renovação da teoria das fontes do direito, a partir de então complementada pela teoria dos modelos do direito, os quais se subdividem em modelos jurídicos (de ordem legal, costumeira, jurisprudencial ou negocial) e modelos doutrinários (de ordem hermenêutica).

Fato é que as teorias *abstrata* e *específica* do tridimensionalismo não podem ser confundidas com a teoria *concreta*, efetivamente idealizada por Miguel Reale, pelo que distingue:

Fato, valor e norma estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou o sociólogo do direito, ou pelo jurista como tal, ao passo que na tridimensionalidade genérica ou abstrata, caberia ao filósofo apenas o estudo do valor, ao sociólogo o do fato e, ao jurista, o da norma (*tridimensionalidade como requisito essencial ao direito*).

A correlação entre aqueles três elementos é de natureza funcional e dialética, daí a “implicação-polaridade” existente entre *fato* e *valor*, de cuja tensão resulta o *momento normativo*, como solução superadora e integrante nos limites circunstanciais de lugar e de tempo (*concreção histórica do processo jurídico, numa dialética de complementaridade*). (REALE, 2001, p. 57)

Na percepção abstrata do tridimensionalismo os três fatores não se desvinculam integralmente de perspectivas setorializadas, mas apenas procurando compô-las numa visão final e compreensiva, entendida, por sinal, de maneira diversa e até mesmo conflitante (REALE, 2002, p.512).

O tridimensionalismo específico representa momento ulterior no desenvolvimento dos estudos, pois superou a análise em separado do fato, do valor e da norma. Os três fatores passam a ser considerados concomitantemente.

A conclusão a que se pode chegar após o breve estudo acerca da tridimensionalidade do direito é que a experiência jurídica somente poderá ser compreendida em termos de normativismo concreto, ou seja, atrelando às normas toda gama de valores e interesses da vida humana perceptíveis nos fatos da vida social e impostos pela sistemática do ordenamento jurídico em questão.

Segundo, pois, nossa concepção *tridimensional concreta e dinâmica* da experiência jurídica, é em função da íntima tensão *fato-valor* que se põe a *norma*: - o construído da norma só tem significado essencial em razão dessa funcionalidade, o que nos leva a conceber o ordenamento jurídico como um *sistema de fontes e modelos*, estes resultantes daqueles.(REALE, 2002, p. 570)

6.4 Aspectos de validade da norma

Apesar de apresentar-se como teoria do Direito, não somente de conteúdo jurídico se compõe a Teoria Tridimensional. Análises filosóficas e também sociológicas têm lugar quando o que se discute é a validade do Direito.

Enquanto ciência que emana normas regulamentadoras de comportamentos, o Direito deve se valer de normas válidas, que se apresentem solenemente, eficazmente e coerentemente aos seus destinatários. Tal apreciação exige, portanto, o exame da vigência, eficácia e fundamento da norma.

Assim, além do aspecto formal que envolve a elaboração de uma norma, é necessário verificar se a norma imposta se converte efetivamente ao momento da vida social para a qual se destina, verificando-se o seu cumprimento e, ainda, quais

são seus padrões éticos dos imperativos jurídicos, o que Reale denomina Legitimidade (2001, p. 15)

Ressalta-se que a validade da norma implica a compreensão da referida teoria, não sendo possível o seu reconhecimento a partir da preponderância extrema ou exclusividade de um dos três aspectos citados.

6.4.1 Validade formal

Também denominada validade objetiva ou vigência, refere-se à correspondência da forma de elaboração de uma determinada norma com as regras predeterminadas para tal em um ordenamento jurídico. Somente assim se reconhece a obrigatoriedade do dispositivo normativo, graças ao poder que cada tipo de fonte pressupõe (legislativo, costumeiro, jurisdicional e negocial) e a possibilidade de sua projeção sobre o contexto social em que será inserido. Em seguida a manifestação de Reale.

Prefiro afirmar que uma norma, para que possa ser considerada *norma jurídica* e, como tal, dotada de *vis compulsiva*, precisa satisfazer ao conjunto de requisitos concernentes à sua elaboração, o que quer dizer que ela deva ser emanada pela *fonte do direito* correspondente à sua natureza e finalidade. São a constituição e as leis de cada país que predeterminam os requisitos caracterizadores das diversas fontes do direito, que não podem ser configuradas em abstrato, mas sim em razão de específicas conjunturas históricas, como o demonstra a distinção fundamental entre a *nomogênese jurídica* que caracteriza e distingue o *Common Law* e a que é própria do *Civil Law*, isto é, do direito de tradição romanística. (REALE, 1994, p. 13)

Segundo Reale (1994, p.17), tal exigência corrobora com a exigência de um mínimo de certeza e segurança exigida pela ordem jurídica positiva, e pelo mesmo motivo critica a então defendida teoria da “ação comunicativa” de Habermas, segundo o qual as normas surgiriam a partir de um complexo entrelaçamento de interesses e pretensões de ampla juridicidade, de caráter público e privado, em função de inúmeros fatores operantes da vida comunitária.

Nesse sentido, as formas de vida se estruturariam logrando atingir espontaneamente a necessária correlação entre *validade* e *eficácia*. Dessa maneira se pronuncia Reale:

É imprescindível distinguir entre “*representações ou aspirações jurídicas*” e “*regras de direito*” como tais: aquelas expressam apenas a força nascente do *ius vivens*, mas este só adquire a virtude de obrigar *ao se pôr como expressão heterônoma de uma objetiva forma de querer*, só alcançada graças a sua tramitação segundo os pressupostos da respectiva fonte do direito. (REALE, 1994, p. 18)

Reconhecendo as fontes do direito como estruturas normativas que implicam a existência de alguém dotado de poder para decidir acerca de seu conteúdo, temos que, em se tratando da lei, fonte primordial do direito pátrio, andou bem o constituinte ao consolidar as regras atinentes ao processo legislativo, na Seção VIII do Título IV da Constituição de 1988, arts. 59 a 69.

6.4.2 Validade social

Também denominada eficácia, refere-se à necessária correspondência do conteúdo normativo com a vida social a qual se insere a partir de um contexto histórico reconhecido. Reale adverte:

Na maioria, porém, as leis, ao preverem e predeterminarem uma classe de comportamentos futuros, não são promulgadas de maneira rígida ou intocável, porquanto seus enunciados comportam, por sua natureza, compreensíveis adaptações históricas ao processo da vida comunitária, e, conforme as circunstâncias, mandamentos antes entendidos de modo estrito passam a ter significação extensiva, em virtude de ajuste hermenêutico a supervenientes conjunturas.
[...] o *conteúdo* de uma fonte de direito são as regras jurídicas por ela enunciadas, a fim de serem declaradas permitidas ou proibidas determinadas formas de conduta, ou serem especificados certos âmbitos de competência, em dada conjuntura histórica. (REALE, 1994, p.23)

A correspondência acima referida não precisa ser, necessariamente, identificada literalmente, uma vez que o valor da norma desprende-se da pessoa do legislador e de sua intenção após sua promulgação permitindo ação interpretativa. Nesse sentido, não se podem conceber imperativos de certeza e segurança que imponham uma interpretação estática e baseada em direitos subjetivos predeterminados (REALE, 1994, p.25).

[...] o valor da liberdade, sempre em oposição dialética à idéia de ordem, põe a exigência de uma ordenação jurídica aberta e flexível. Tudo está, porém, em situar racionalmente os limites dessa abertura e flexibilidade, a fim de que a liberdade não se converta em licença, nem a ordem se degenera em tirania. (REALE, 1994, p. 25)

Eis uma questão de difícil apreciação, pois a “liberdade” de interpretação que se permite, ainda que com o intuito de viabilizar a aplicabilidade da norma, pode desnaturá-la por completo, ensejando a reflexão da necessidade de modificação da mesma norma, para que autonomamente produza os efeitos pretendidos, ainda que pelos operadores do direito, ainda que diferentes dos efeitos desejados pelo legislador. Nesse sentido, seria imperiosa a necessidade de revogação da norma vigente para dar lugar a novo processo normativo.

Trata-se do sentido prospectivo das fontes, que se apresentam em termos de *modelos jurídicos* (modelo jurídico modelado de acordo com o contexto histórico e axiológico) e que, segundo Reale (1994, p.29), deverá ser analisado sem, necessariamente, olvidar do seu valor retrospectivo, ou seja, dos motivos determinantes das referidas fontes.

Vale ressaltar que, apesar de o conteúdo de um modelo jurídico resultar de novas formas de compreensão, estão inseridos em um macromodelo de ordenamento jurídico, com princípios estabelecidos aos quais se devem submeter os modelos então instituídos.

Ainda que se reconheça o poder normativo dos modelos jurídicos, pois eles decorrem da adaptação das fontes, em função das diversas e renovadas qualificações valorativas, há que se impor um limite de interpretação dentro do ordenamento jurídico.

Para reconhecer um modelo jurídico que não se apresente como uma mera construção artificial da mente, é necessário que sejam reconhecidos como realidades, estruturas normativas típicas, representantes da experiência jurídica, em razão das fontes das quais se emanam e dos fins que visam atingir. (REALE, 1994, p. 47)

Por ora, o que deve ser realçado é, porém, o fato de que a significação de um modelo jurídico depende de sua situação e correlação no todo do ordenamento, cujo horizonte de validade é traçado pela constituição de cada país. (REALE, 1994, p. 35)

Não é demais lembrar que a hierarquia, ou a ordem de subordinação das fontes entre si – salvo quanto ao primado da *fonte constitucional*, que tem um *status* próprio – não obedece a princípios uniformes e universais, mas se vincula a distintas conjunturas histórico-sociais (REALE, 1994, p. 38).

6.4.3 *Validade axiológica*

Relativa ao fundamento da norma, ou seja, a identificação do valor a ser por ela realizado. A respeito dos valores a serem atingidos pronuncia-se Reale:

Sob o prisma do imperativo da liberdade, que implica sempre uma exigência de pluralidade ou pluralismo, mister é distinguir o que na cultura burguesa constitui uma estimativa conjuntural, perecível e insustentável pela emergência de novas circunstâncias históricas, e as atitudes axiológicas que representam a garantia de valores que transcendem as mutações temporais havidas. (REALE, 1994, p. 25).

De fato o valor de liberdade deve ser vislumbrado de maneira dialética e sincrônica aos imperativos de ordem, certeza e segurança, como meios para realização de um valor fim, qual seja, justiça.

A questão perpassa o método pelo qual se identificaria essa análise dialética. Ainda que impossível seja a definição de uma metodologia a ser aplicada à análise de todas as normas, definido deve estar o caminho para se interpretar uma determinada norma, ou seja, o ordenamento jurídico nos imporá vários caminhos a serem seguidos e caberá a nós escolher.

Nos termos da teoria tridimensional do Direito, pode-se analiticamente, esclarecer que a estrutura de um modelo jurídico pressupõe:

- a) dado campo de atos ou fatos da experiência social;
- b) uma ordenação normativa racionalmente garantida;
- c) o propósito de realizar valores e impedir desvalores, de conformidade com a natureza de cada porção de realidade objeto da investigação científica. (REALE, 1994, p. 48)

A norma nada mais é do que um meio a partir do qual se pretende atingir um fim. Resta saber qual o fim efetivamente almejado, pois nas entrelinhas do texto normativo podem ser identificados propósitos não verificáveis à primeira vista. O valor que uma norma pretende realizar deve corresponder ao que a sua aplicabilidade permite alcançar.

De certo que a elaboração de uma norma, no Estado Democrático de Direito, enseja um estudo pormenorizado de determinadas situações que reclamam a produção de modelos jurídicos adequados aos objetivos delineados, o que será objeto de pesquisa da Política do Direito. Segundo Reale (1994, p.52), a gênese dos modelos jurídicos não pode prescindir do poder, entendido como inevitável

participação de uma decisão que ponha termo à incerteza, essencial ao fecho do processo de criação, considerada a via mais adequada aos imperativos do bem público. O poder é um fato, mas um fato imantado de valor, sobretudo na sociedade contemporânea, como é próprio do Estado Democrático de Direito.

Não se pode dizer que em qualquer processo legislativo haja sempre uma carga de irracionalidade, de pretensões e pressões oriundas de inqualificáveis interesses, sendo mais plausível admitir-se a hipótese freqüente de leis originadas de legítimos interesses, graças a uma tramitação parlamentar objetiva e isenta, na qual, além de serem cumpridos os requisitos formais, tenham sido consultados e atendidos os reais interesses da coletividade.

Não ignoro, todavia, que essa hipótese nem sempre prevalece na vida parlamentar, onde predomina cada vez mais contraste de interesses, alguns ideológicos e outros de clientela, quando não são fruto de reparáveis ambições pessoais ou de meras vaidades. (REALE, 1994, p.50)

Um modelo jurídico tem sua legitimidade reconhecida a partir da verificação de adequação da fonte da qual emana e também do seu conteúdo ético-social interpretado e aplicado na sociedade, também valorado pelo seu objetivo idealizado.

7 INVALIDADE DA NORMA CONSTANTE DO ART. 1228, §§4º E 5º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A presente pesquisa se pauta na demonstração de que o instituto da expropriação judicial se afasta, de alguma maneira, dos propósitos do Ordenamento Jurídico na medida em que sua norma regulamentadora pode ser considerada inválida em seus três aspectos, quais sejam, formal, social e ético apreciados pela teoria tridimensional.

A justificativa da criação legislativa, qual seja, o atendimento ao princípio da função social da propriedade, seria inapropriada e teria o condão tão somente de mascarar as referidas invalidades. Ainda que, diante das incertezas e imprecisões, o instituto seja reconhecido por, de alguma maneira, prestigiar a função social da posse, algumas críticas merecem ser direcionadas, mesmo que para mero efeito reflexivo.

As definições acerca dos elementos constitutivos do instituto da Expropriação Judicial são, em regra, sugeridas pelos enunciados do Conselho de Justiça Federal, como verificado em capítulo anterior. Tais enunciados são, com muita frequência, simplesmente repetidos pela doutrina, como forma de convalidação do instituto.

Nesse íterim, embora considerada louvável a intenção do legislador em pretender atender à função social da propriedade por intermédio da expropriação judicial, não poderia ser considerado legítimo o meio. Os fins não justificam os meios.

Pela teoria kelseniana, a norma se apresenta como um juízo hipotético, a partir do qual a identificação de um mesmo fato geraria sempre a mesma consequência (sanção). Entretanto, tal lógica somente se aplicaria às chamadas regras de conduta (visam a disciplinar a conduta do indivíduo, de grupos ou organizações sociais), pois as chamadas normas de organização desempenham funções de ordem estrutural e funcional.

Por detrás das regras de conduta há o elemento “alternatividade”, o qual importa na opção que tem o destinatário da norma de adimplir ou descumprir o dever nela enunciado. Nesse sentido afirma-se que

[...] a hipoteticidade ou condicionalidade da regra de conduta não tem apenas um aspecto lógico, mas apresenta também um caráter axiológico, uma vez que nela se expressa a objetividade de um valor a ser atingido, e ao mesmo tempo, se salvaguarda o valor da liberdade do destinatário, ainda que para a prática de um ato de violação (REALE, 2002b, p. 101)

Ao prever uma conseqüência para determinada conduta, o legislador almeja consagrar ou prestigiar determinados valores considerados relevantes do ponto de vista jurídico, econômico e social. Daí resulta a “Estrutura trivalente da norma” a qual se baseia na correlação dinâmica entre o fato, o valor e a norma.

A representação da norma seria nesse sentido uma superação lógica de dois momentos anteriores a serem analisados, quais sejam a ocorrência fática e o que se pretende alcançar axiologicamente com o seu sancionamento. Miguel Reale define tal situação como *Lógica Jurídica Dialética* (REALE, 2002b, p. 104).

A essa lógica se relaciona a Estrutura Tridimensional do Direito que, conforme explanado em capítulo anterior, apresenta-se sob um triplo aspecto, quais sejam: *um aspecto normativo (o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um aspecto fático (o Direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto axiológico (o Direito como valor de Justiça)*. (REALE, 2002a, p. 64-65)

A análise fenomenológica da experiência jurídica, confirmada pelos dados históricos sucintamente lembrados, demonstra que a estrutura do Direito é tridimensional, visto como o elemento normativo, que disciplina os comportamentos individuais e coletivos, pressupõe sempre uma dada situação de fato, referida a valores determinados. (REALE, 2002a, p. 511). Fácil é perceber que a apreciação ora feita sobre vigência, eficácia e fundamento vem comprovar a já assinalada estrutura tridimensional do direito, pois a vigência se refere à norma, a eficácia se reporta ao fato, e o fundamento expressa sempre a exigência de um valor. (REALE, 2002b, p. 115-116).

O dispositivo do art. 1228, §§4º e 5º do CC/02 esta belece em suas entrelinhas uma norma de conduta, na medida em que prevê a conseqüência da perda da propriedade para aquele proprietário desidioso que deixa para reivindicar seu direito após já terem, os possuidores, alcançado os requisitos para adquirirem a propriedade alheia por meio da “Expropriação Judicial”.

Ainda que identifiquemos os aspectos lógico-formal e axiológico da referida norma, no sentido acima exposto, não podemos esgotar nesse ponto sua análise, afinal a validade de uma norma extrapola esses aspectos.

Nesse sentido, para a norma jurídica ser *válida formalmente* ela deve obedecer a critérios já estabelecidos no sistema jurídico, como a competência e legitimidade do órgão emissor da regra, ou seja, a norma deve ser emanada de um órgão competente, e este deve ter competência para legislar sobre aquele determinado assunto.

Entretanto a verificação da validade formal extrapola a análise do procedimento pelo qual a norma foi criada, ou seja, se emanada pelo órgão competente e se contém matéria adequada à competência daquele órgão. É necessário que se analise a legitimidade desse procedimento a partir de critérios que analisem a maneira como o órgão executa aquilo que lhe compete.

A teoria do controle de constitucionalidade no processo legislativo também se vale de um aspecto tridimensional, segundo a qual:

O caráter democrático da lei, em um Estado de Direito Democrático, não consiste no simples ato de analisar se a lei foi produzida por um órgão competente e de acordo com o procedimento regular (validade), e muito menos pelo acatamento que a norma impõe (eficácia). Deve-se observar, acima de tudo, se a lei, na fonte de produção e de posterior concreção, está sendo elaborada e aplicada de forma legítima pela participação da soberania popular e se o procedimento preparatório para o provimento (lei) é capaz de assegurar a observância dos princípios democrático-constitucionais do contraditório, ampla defesa e isonomia. (DEL NEGRI, 2008, p. 110).

Dentre os elementos estruturais do procedimento legislativo estaria a *possibilidade jurídica*, justificada pela necessidade de se apresentar um projeto de lei que não seja inconstitucional, que esteja em consonância com o ordenamento jurídico e o *interesse de agir*, segundo o qual, a proposição legal é realmente necessária, a partir da demonstração da utilidade e necessidade da mesma (DEL NEGRI, 2008, p.152). No mesmo sentido, Pamplona:

A questão será sempre perceber se a lei editada tem um conteúdo que respeita aquela idéia de justo para a sociedade, se não há afronta a outro princípio constitucional, se a previsão legislativa restritiva é justificável diante dos interesses dos indivíduos e da coletividade (PAMPLONA, 2009, p.80)

Del Nigri também se manifesta acerca da atividade legislativa no contexto do Estado Democrático de Direito:

De início, cabe lembrar que a Constituição da república de 1988 fez surgir o paradigma constitucional do Estado de Direito Democrático, exigindo-se, portanto, que o Direito seja democrático, participativo, pluralista e aberto, o que gerou grande e significativa transformação na atividade de produção das leis, que, diante dessa solicitação constitucional, ganhou novo significado. Assim, em face das profundas exigências pressupostas pelo paradigma adotado é de se requerer do Legislativo alguns reposicionamentos para que o processo legislativo possa produzir um ordenamento jurídico de direito democrático. (DEL NIGRI, 2008, p. 110).

Não é legítima ou formalmente válida a norma que, a par de observar as competências indicadas pela Constituição (quanto ao órgão e quanto à matéria), viola demais imperativos constitucionais. Seja qual for o aspecto da inconstitucionalidade da norma, este comprometerá sua validade formal.

Não será demais lembrar que uma das originalidades, e das mais altas, do direito brasileiro consiste no instituto da declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos, mediante decisão originária do Supremo Tribunal ou do Tribunal de Justiça Estadual (cf. Constituição de 1988, art. 02, a, e Constituição do Estado de São Paulo de 1989, art. 74, VI). Em nenhum país é tão apurada, como no nosso, a técnica de reconhecimento da validade dos atos normativos perante a constituição. (REALE, 2002b, p. 111-112).

A *validade social* da norma diz respeito a sua eficácia, a sua aplicabilidade prática, ao seu alcance junto aos seus destinatários e à sua eficiência frente ao que se propôs e, ainda, aos efeitos sociais que uma regra suscita por meio de seu cumprimento. Algumas normas, não obstante sejam válidas formalmente, não podem ser vivenciadas pela sociedade, tendo em vista suas distorções, e acabam por permanecer no limbo da normatividade abstrata.

Finalmente, a norma é considerada válida axiologicamente quando, a par de sua existência formal, contenha em si um valor de justiça que justifique a sua existência no contexto do Ordenamento Jurídico. Por detrás da letra fria da lei há que se identificar seu fundamento, sua razão de ser, seu sentido e objetivo.

Aplicar a norma significa ultrapassar seus limites escritos e buscar a sua essência, sua verdade, ou seja, utilizar-se de sua validade ética ou axiológica (relativa a valor). O valor ultrapassa a idéia de lógica formal.

A partir da breve análise, que remonta a parte do que fora ventilado no capítulo anterior, demonstrar-se-á duvidosa a validade da norma que trata da Expropriação Judicial.

7.1 Invalidez formal

Formalmente poder-se-ia identificar sua invalidez na medida em que desobedece a critérios hierárquicos de criação, ou seja, é uma norma que contraria flagrantemente alguns dispositivos constitucionais. Assim, ainda que tenha sido criada pelo órgão competente e que seu conteúdo seja pertinente à competência do referido órgão, padece de validade formal a norma do art. 1228, §§ 4º e 5º do Código Civil.

Acerca da propriedade preceitua a Constituição:

Art. 5º - Todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes:

XXII – é garantido o direito a propriedade²⁷;

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

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 nessa constituição.

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

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, garantir o bem estar de seus habitantes. §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, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública...

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... .

Conforme já asseveramos, a hermenêutica constitucional esclarece que somente ao poder constituinte compete a normatização das hipóteses de perda de propriedade privada. Afinal, decorre da Constituição o direito de propriedade.

As restrições ao Direito de propriedade que a lei poderá trazer só serão aquelas fundadas na própria Constituição, ou então nas concepções aceitas sobre o poder de polícia. (BASTOS, MARTINS, 1989, p. 119)

²⁷ Dentre os princípios fundantes do direito civil atual está o da “propriedade privada”, pautado na idéia de que o homem pelo seu trabalho ou pelas formas admitidas em lei, pode exteriorizar a sua personalidade em bens móveis e imóveis, que passam a constituir seu patrimônio. (DINIZ, 1998, p.45-46)

Quanto ao art.1228,§§ 4º e 5º:

O questionamento da constitucionalidade da norma poderia partir daqueles que, com base na garantia do direito fundamental de propriedade (art. 5º e inciso XXII da CF), alegam que não pode haver qualquer óbice legislativo à titularidade, senão aqueles que expressamente figuram na Constituição Federal, como a desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social (art. 5º, XXIV) e as modalidades *numerus clausus* de desapropriação-sanção derivadas da quebra do princípio da função social da propriedade, enunciadas nos arts. 182, §4º, e 184 da Lei Maior. De fato, a desapropriação-sanção é modalidade especialíssima de expropriação, e não poderia ser aplicada fora dos estreitos limites concedidos pela Constituição Federal. (FARIAS e ROSENVALD. 2009, p. 41)

Reafirmando o caráter fundamental do direito de propriedade, assevera Ferreira Filho.

O Direito brasileiro continua a ver a propriedade como um dos pontos fundamentais da organização econômico-social e, por que não dizê-lo, política do Brasil. Por isso, a Constituição declara a propriedade uma das bases fundamentais de todo o sistema dos direitos e garantias individuais. (FERREIRA FILHO, 1997, p. 45)

Nesse sentido, acentua Juarez Freitas, *in verbis*:

As melhores leituras sistemáticas da Constituição visualizam os direitos fundamentais como um totalidade indissociável e, nessa medida, procuram restringir ao máximo suas eventuais limitações, emprestando-lhes, quanto ao núcleo essencial, tutela reconhecedora da eficácia direta e imediata. (FREITAS, 2002, p. 206)

O entendimento do enunciado 82 do Conselho de Justiça Federal, segundo o qual o legislador ordinário teria tão somente regulamentado a situação prevista na Constituição e não criado modalidade de perda de propriedade, parece não demonstrar razão, muito embora sejam vários os seus seguidores.

Cassetari apresenta-se como um dos defensores desse entendimento ao asseverar que:

o juiz não podia desapropriar, sendo esta uma faculdade do Poder Executivo. Porém, não se pode desconsiderar que o juiz adquiriu esse poder por força de legislação expressa específica, qual seja, o referido artigo em comento, motivo pelo qual se verifica ser constitucional o mencionado dispositivo legal (CASSETARI, p. 108, 2008).

Vários autores reconhecem o poder expropriatório que o dispositivo legal confere aos magistrados. Nesse sentido o reconhecimento de que o Código, no art.

1228, 4º, inova na medida em que concede ao Judiciário o poder de expropriação. (PEREIRA, p. 149, 2008). Também comunga da concepção do instituto como desapropriação judicial MIRAGEM (2005, p. 105). Foi exatamente essa a justificativa apresentada por Miguel Reale ao tentar legitimar o instituto.

Este conceito fundante de posse trabalho justifica e legitima que, ao invés de reaver a coisa, dada a relevância dos interesses sociais em jogo, o titular da propriedade reivindicada receba, em dinheiro, o seu pleno e justo valor, tal como determina a constituição (art. 5º, XXIV).

Vale notar que, nessa hipótese, abre-se, nos domínios do Direito, uma vía nova de desapropriação que não se deve considerar prerrogativa exclusiva dos Poderes Executivo e Legislativo. Não há razão plausível para recusar ao Poder Judiciário o exercício do poder expropriatório em casos concretos, como o que se contém na espécie analisada. (REALE, 1986, 103) (grifo nosso).

O fato de não ser o Estado responsável pelo pagamento da indenização, e sim os possuidores, não tem o poder de tirar do instituto o status amplamente reconhecido de desapropriação. A atribuição da referida obrigação aos possuidores decorre de uma série de entendimentos e opiniões, mas não fora expressamente estabelecida pela lei. Ainda quanto à intervenção judicial e à indevida consideração do instituto como desapropriação pondera Márcio Kammer:

A circunstância dessa especial modalidade de perda da propriedade imobiliária reclamar a deflagração de *processo* igualmente não parece bastar para que se considere “judicial” essa suposta “desapropriação”, porquanto, nas desapropriações em geral, quando decretadas por intermédio do Poder Executivo, não concertadas as partes sobre a justa indenização, o processo *judicial* se imporá, e a perda da propriedade, por desapropriação, dar-se-á, por igual, *judicialmente*. (LIMA, 2009, p. 84)

Sem embargo do respeito à opinião do referido autor, esclarece-se ser temerosa sua afirmação, porquanto, quando a desapropriação tradicional chega à apreciação do judiciário, o mérito já fora previamente analisado pelo poder executivo, partindo do poder discricionário de parte da Administração Pública, a quem realmente compete a consideração do que vem a ser de utilidade, necessidade ou interesse público ou social. Como afirma o autor, quando “*não concertadas as partes sobre a justa indenização*”, o poder judiciário interferirá tão somente no quantum indenizatório.

O fato de o bem ser atribuído à propriedade dos possuidores não descaracterizaria por completo a desapropriação. Normalmente, a entidade

expropriante se apropria do bem que será utilizado em prol da utilidade ou necessidade pública, entretanto na desapropriação por interesse social o imóvel, ainda que prioritariamente adquirido pelo poder público, será destinado à coletividade, nas mesmas circunstâncias, para que ali possam residir com seus familiares, trabalhar ou explorar de outras maneiras.

Ressalta-se, entretanto, que a regulamentação de norma constitucional deve se respaldar nos demais critérios constitucionais. No caso, o Código Civil de 2002 atribuiu competências distintas das estabelecidas pela Constituição da República.

Os direitos fundamentais, por sua magnitude, não podem ser deixados “na esfera de disponibilidade absoluta do legislador ordinário”[...]

A questão oferece problema técnico de certo porte, por não ser dado à legislação infraconstitucional, salvo se e quando autorizada pela Lei Maior, incrementar suporte fático abstrato de norma tutora de direito fundamental. [...] Não se compreende no âmbito de competência do legislador ordinário o engenho de requisito para o implemento de direito fundamental do qual a Lei Maior não se ocupou, nem lhe consentiu a forja. (LIMA, 2009, p. 131, 134-135).

Não procede, portanto, o entendimento de Cassetari (2008, p. 108), segundo o qual o juiz teria adquirido o poder de desapropriação por força de legislação expressa específica, no caso o art. 1.228 e parágrafos do Código Civil, seguindo também o Enunciado 82 do CJF.

A natureza administrativa da desapropriação é defendida por Pontes de Miranda, segundo o qual:

A desapropriação é de direito público, e só de direito público, constitucional, administrativo. O que é de direito civil é um de seus efeitos, o principal deles, que é perda da propriedade.

O direito civil não rege, de modo nenhum, a desapropriação; a desapropriação, já no plano da eficácia, atinge o direito civil, e a ela, somente por isso, tem o direito civil de aludir como um dos modos de perda de propriedade. (PONTES DE MIRANDA *apud* MALUF, 2005, p. 196-197)

O poder constituinte atribuiu a competência para desapropriação ao Poder Executivo, não cabendo ao Poder Judiciário fazê-lo, perquirindo acerca do que venha ser ou não de interesse social. Novas competências somente poderão ser atribuídas pela Constituição.

Trata-se da discricionariedade²⁸ que é conferida ao poder público e que deverá sempre obedecer à forma prevista em lei, além de atender à finalidade legal de todo ato administrativo de interesse público. Majadas assim se manifesta acerca do ato de natureza administrativa:

Se praticado por autoridade incompetente, realizado de forma diversa da prescrita em lei ou informado de finalidade estranha ao interesse público, é ilegítimo e nulo. Em tais circunstâncias deixaria de ser ato discricionário para tornar-se arbitrário e ilegal (MAJADAS, 2005, p. 123)

Essa opinião há muito se encontrava sedimentada. A respeito da ingerência do judiciário no ato expropriatório, Ferreira Filho alerta, em seus comentários à constituição, que a jurisprudência e a maioria da doutrina consideram que seria erigir o judiciário em supergoverno. Segundo o autor [...] a apreciação da existência de necessidade, de utilidade pública ou de interesse social teria caráter discricionário por parte do Poder Público e, por isso, não suscetível de controle intrínseco pelo Judiciário. (FERREIRA FILHO, 1997, p.46-47)

O Judiciário não pode entrar no mérito da expropriação. Esta é uma apreciação política que deve caber aos órgãos propriamente políticos: o governo e o Legislativo. Pode ele, todavia, examinar em qual dos fundamentos constitucionais se enquadra o motivo alegado para a expropriação, visto que aí não mais se trata de apreciação de conveniência, mas de verificação da adequação do fato à norma, o que é do próprio objeto da função jurisdicional. (FERREIRA FILHO, 1997, p. 47)

A Constituição preceitua em seu art. 5º, XXIV, que 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”.

Referindo-se à Expropriação Judicial Farias e Rosenvald asseveraram:

É mister acreditar que o legislador instituiu uma nova modalidade de desapropriação por interesse social, pois a norma concede ao juiz o poder de concretizar conceito jurídicos indeterminados e verificar se o “interesse social e econômico relevante” de uma coletividade de possuidores apresenta merecimento suficiente para justificar a privação de um direito de propriedade. (FARIAS. ROSENVALD, 2010, p. 41)

²⁸ A discricionariedade existe quando a lei dá à Administração liberdade para atuar dentro de limites bem definidos, quanto ao seu conteúdo, seu modo de realização, sua oportunidade e sua conveniência administrativa (ALEXANDRINO. PAULO, 2007, p.334)

O Decreto-Lei 3.365/41, regulamentador da desapropriação por utilidade pública, define em seu art. 6º que “A declaração de utilidade pública far-se-á por decreto do Presidente da República, governador, interventor ou Prefeito.” Determina, ainda, em seu art. 9º que “Ao poder judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública”.

Por outro lado, o art. 8º do referido diploma legal determina que “O Poder Legislativo poderá tomar a iniciativa da desapropriação, cumprindo, neste caso, ao Executivo, praticar os atos necessários à sua efetivação.” Não há menção ao Poder Judiciário!

Assim esclarece Faria:

São competentes, para declarar de utilidade pública, necessidade pública e interesse social (exceto para reforma agrária), para fins de desapropriação, a União, os Estados-membros, o Distrito Federal, o Distrito Federal e os Municípios. Cada uma dessas pessoas políticas detém competência emanada de lei infraconstitucional para, nos seus limites, editar ato declaratório. (FARIA, 2007, p. 568).

No apontamento de fundamentos jurídicos infraconstitucionais que reconhecidamente regulamentam as variadas modalidades de desapropriação, não estaria incluído o dispositivo em comento (FARIA 2007, p. 564-565).

Há quem defenda a teoria dos “freios e contrapesos” para legitimação do instituto.

O fato de essa intervenção expropriatória decorrer de atividade do Poder Judiciário em nada macula a legitimidade da medida, já que o clássico funcionamento de freios e contrapesos nas respectivas atuações do poder estatal (executivo, legislativo e judiciário) não implica que cada um dos Poderes exerça ou possa exercer com exclusividade a atividade que é típica de sua natureza, eis que as respectivas atividades são exercidas em caráter preponderante, e não exclusivo, por cada um dos poderes”. (RAMOS, 2006, p.11).

Enfraquecido estaria esse argumento quanto à prerrogativa dos poderes estatais de exercerem funções próprias e impróprias, pelo menos no que diz respeito ao estudo aqui proposto. A intervenção que se permite do Poder Judiciário na esfera administrativa se resume no controle de legalidade de seus atos e não na execução pessoal deles.

Em todas as modalidades de desapropriação a competência para declarar e executá-la cabe ao poder executivo, não cabendo ao judiciário sequer manifestar-se

acerca da oportunidade e conveniência do ato, mas tão somente sobre sua legalidade. Esse é o entendimento de Majadas;

Compete ao Poder Judiciário examinar os atos da administração Pública de qualquer natureza – gerais, individuais, unilaterais, bilaterais, vinculados e discricionários. Os atos discricionários sujeitam-se à apreciação judicial, desde que não haja invasão quanto aos aspectos reservados à apreciação subjetiva da administração Pública. (MAJADAS, 2005, p. 115)

Valendo-se dos meios que lhe assegura o sistema jurídico: analogia, equidade, costumes e princípios gerais do Direito. O julgador não se valerá da conveniência-oportunidade, mas procurará adequar o fato a determinada norma prevista no ordenamento jurídico (MAJADAS, 2005, p. 127)

O Código Civil fez exsurgir uma modalidade de desapropriação na qual o autor do ato expropriatório é o próprio judiciário, em flagrante desrespeito à autonomia dos poderes, impossibilitando até mesmo o acesso à justiça de forma completa, para combate às possíveis ilegalidades, uma vez que o autor do ato é seu próprio controlador.

Ainda quanto às funções do poder executivo e judiciário discorre Faria:

A doutrina e a jurisprudência dominante ainda são no sentido de que ao Judiciário, na sua função de controle, não compete verificar se é conveniente ou oportuno determinado comportamento da administração, no exercício do poder discricionário. A sustentação baseia-se no fato de que a oportunidade ou a conveniência é o conteúdo nuclear do ato discricionário, é o mérito. Esse mérito, esse núcleo, não se sujeitaria ao controle judicial pelo princípio da autonomia e independência dos Poderes e pela proibição constitucional de um poder intervir na esfera de competência do outro. Tal limitação não impede, entretanto, o exame da legalidade dos atos discricionários. (FARIA, 2007, p. 572)

Permitir ao juiz adentrar no conhecimento do mérito acarretaria a extrapolação do campo de apreciação jurídica (legalidade ou legitimidade), que lhe é reservado na preservação da ordem legal e conseqüente ingresso no terreno da gestão política (discricionariade), próprio dos órgãos executivos (FAGUNDES, 1979, p.146)

Ora, se ao judiciário não compete verificar se conveniente ou oportuno é o ato administrativo, muito menos poderia aventurar-se na execução desse ato. Aqui vale a máxima do Direito, segundo a qual “quem pode mais pode menos”. Como não se permite ao judiciário o “menos”, que seria a simples apreciação do mérito do ato administrativo, por óbvio não poderia ele o “mais”, executando pessoalmente o juízo de conveniência e oportunidade.

Vale reafirmar: não é concebível que o poder judiciário exerça o poder discricionário que compete ao poder executivo. Dizer que não há discricção do juiz quando do reconhecimento dos requisitos condutores à perda da propriedade não nos parece razoável.

Não se trata de mero reconhecimento dos requisitos legais exigidos. Ao delegar ao juiz o poder de analisá-los e reconhecê-los, não há como negar que lhe foi atribuído o poder de definir o que é ou não de interesse social. O que outrora parecia intangível ao poder judiciário agora é diretamente exercido por ele, qual seja, os juízos de oportunidade e conveniência. A lei é clara ao se referir a “obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante”.

A par da indevida atribuição de competência para desapropriação ao Poder Judiciário, necessário ressaltar outra imprecisão que também poderia deflagrar a inconstitucionalidade do instituto, senão, pelo menos, sua incoerência.

Em se tratando de um instituto que enseja, dentre outros requisitos, que os possuidores ali exerçam seus poderes por pelo menos cinco anos, devemos pressupor estar o proprietário em débito com seus deveres dominiais.

Ora, a legislação é precisa ao reconhecer a inércia do proprietário prevendo sua punição, seja reconhecendo a usucapião, que não lhe dará o direito à indenização, seja mediante a desapropriação-sanção que lhe garantirá a indenização, mas em títulos da dívida pública ou agrária, e não em dinheiro.

As hipóteses de desapropriação-sanção estão restritas às previsões constitucionais, num rol taxativo, não cabendo ao legislador infraconstitucional ampliá-lo. Não caberia a argumentação de que se trata de desapropriação por interesse social e não de desapropriação-sanção, pois a primeira independe da desídia do proprietário, e a segunda, na qual se amolda o instituto, expressamente a requer. Ainda que admitida a natureza de desapropriação por interesse social, esta já estaria devidamente regulamentada pelo Decreto-Lei 3.365/41.

Em que pesem as opiniões contrárias, que em sua maioria insistem em afirmar a constitucionalidade do instituto, a validade do instituto deve ser questionada sob outros aspectos, analisados a seguir.

7.2 Invalidez social

Do ponto de vista social, ou seja, da eficácia, assevera-se ser inválida a norma, uma vez que sua imprecisão e vagueza inviabilizariam sua aplicabilidade prática de forma segura. Ademais, impõe solução menos benéfica aos seus destinatários que em circunstâncias fáticas similares poderiam se valer de outras normas (institutos jurídicos) mais interessantes, como a usucapião coletiva urbana, que dispensaria indenização ao proprietário.

Para alguns não seria necessário grande esforço para compreender o caráter controvertido da Expropriação Judicial, pois esta se apresenta de maneira confusa e ao mesmo tempo vazia.

Seu conteúdo impõe aos juízes um árduo trabalho de “tentar” identificar no caso concreto os requisitos para sua configuração, vez que se molda por via de cláusulas abertas como: “o imóvel reivindicado consistir em extensa área”, “considerável número de pessoas”, “obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante”. Reconhecem tais imprecisões Diniz e Salles, respectivamente:

O referido artigo, além de dar margem a uma grande discricionariedade judicial, visto que lhe caberá a fixação do conteúdo das expressões “extensa área”, “considerável número de pessoas” e “interesse social e econômico relevante”, poderá gerar uma lacuna axiológica ao ser aplicado, trazendo em certas hipóteses uma solução insatisfatória ou injusta. (DINIZ, 2010, p. 202)

Cumpre-nos dizer, ainda, que essa nova modalidade de aquisição da propriedade trará, com certeza, grandes dificuldades no tocante à sua aplicação, pois o § 4º do art. 1228 está repleto de ‘conceitos vagos’, tais como ‘extensa área’, ‘considerável número de pessoas’ e ‘obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante’. Entendemos, portanto, que o ‘novidadismo’ demonstrado pelo legislador do Novo Código Civil seria menos pernicioso se, ao menos, tivesse ele fixado em números reais a ‘extensa faixa’, o ‘considerável número de pessoas’ e as ‘obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante’ para que não ficasse tudo isso submetido à atividade interpretativa do juiz. (SALLES, 2009, p.688)

O instituto desafiará a argúcia da doutrina e dos juízes, pois, “fundados em diversos conceitos abertos, haverá de ter sua finalidade social bem compreendida para que possa ser adaptado às variantes circunstanciais de cada caso concreto. (ZAVASKI, 2002, p.852)

O que uma cláusula geral impõe são conceitos amplos, propositadamente vagos, com o condão de abranger um grande número de situações. Ao que parece, conforme demonstrado na análise dos elementos caracterizadores do instituto, em capítulo próprio, a norma em comento não se traduz em conceitos amplos, mas sim indefinidos, o que inviabilizaria sua aplicação prática e conseqüente desvirtuamento do propósito do legislador qual seja o atendimento à função social da propriedade.

Perlingieri (2002, p.24) sugere uma reflexão sobre a técnica legislativa e, sobretudo, sobre a sua conveniência, que se apresenta particularmente útil em um momento no qual, sob a premente “mudança e amadurecimento das necessidades sociais”, acentuam-se a experimentação e a temporariedade das leis, o ritmo crescente da caducidade delas.

Nas palavras de Perlingieri:

O trabalho de reconstrução do sistema, mediante a interpretação, faz-se sempre mais difícil por causa da instabilidade e da contraditoriedade das opções de política do direito e pela variabilidade dos conteúdos das regulamentações dos institutos jurídicos, pelo uso pouco prudente, frequentemente descuidado e inadequado, das técnicas legislativas. O ordenamento, principalmente em alguns setores com maior mobilidade e, de um ponto de vista político, muito delicados e graves, apresenta-se como uma soma de textos, cada um acrescentando ao outro com dificuldade, com sobreposição e reconsiderações muitas vezes implícitas. A técnica da ab-rogação por incompatibilidade torna-se aquela preferida e o seu abuso – que testemunha, por vezes, uma falta de vontade de efetuar escolhas unívocas, outras, uma desenvolta desatenção para com a clareza dos textos – provoca uma tal incerteza na individuação da normativa vigente que leva à superação da regra da *ignorantia legis non excusat*. Entram em crise o princípio da legalidade e o Estado de Direito, com a conseqüente “perda de vitalidade” do Estado moderno. (PERLINGIERI, 2002, p. 24 e 25). (grifo nosso)

Alerta o autor que o jurista deveria ocupar-se da ciência da legislação, analisando e elaborando uma estrutura das argumentações legislativas, não somente para melhorar o texto da lei, mas também para aprofundar o funcionamento da mesma (PERLINGIERI, 2002, p. 25). Nesse sentido Freitas:

Os direitos fundamentais (inclusive os sociais) reclamam, nos limites do economicamente possível (sem exageros de determinadas interpretações econômicas nem o excesso de ímpetos conducentes a oscilações caóticas), que as regras sejam lidas em harmonia com os *telos* da efetividade sistemática, não se admitindo qualquer subsunção mecânica irrefletida, pois deve haver espaço para uma ponderação que considere o balanceamento suscitador da gradativa ampliação eficaz dos direitos, à luz de cuja preocupação hermenêutica afasta-se, mesmo no plano das regras, a idéia de uma lógica do tudo ou do nada (FREITAS, 2002, p. 211)

A par dos vários sentidos temáticos dos quais podem se ocupar as análises acerca da validade, cumpre ressaltar que há um, inspirado na metodologia do professor Tércio Sampaio, segundo a qual a validade da norma seria analisada como discurso normativo.

Do ângulo pragmático, a noção de *controle* da situação comunicativa está ligada a uma qualidade central do discurso normativo enquanto decisão, qual seja, a sua capacidade de terminar conflitos, pondo-lhes um fim. De modo geral, nossa intenção é mostrar que a validade das normas está ligada a essa qualidade (FERRAZ JR., 2002, p. 105).

A imprecisão do discurso normativo ventilado na norma em apreço compromete sobremaneira o reconhecimento de sua validade, pois não só deixa margem a várias discussões conceituais como também interpretativas, dificultando sua aplicação.

7.3 Invalidade axiológica

Axiologicamente a norma precisaria apresentar um fundamento que viabilize o bem comum e a paz social, que são os objetivos últimos do Direito. Não obstante seja esta a justificativa da norma, sob alegação de atender o princípio da função social, verificamos o desvirtuamento do instituto.

Ainda que exista o propósito de atendimento da função social, o fato de serem identificadas irregularidades de várias ordens, culminando na inconstitucionalidade do instituto, compromete sua legitimidade e sua justificação, de modo que estariam comprometidos o bem comum e a paz social, diante da inobservância de preceitos de suma importância.

Mesmo que claro e evidente seja o objetivo do art. 1228, §§4º e 5º do Código Civil, isso, por si só, não corrobora sua legitimação, vez que o objetivo de uma norma precisa não somente ser identificado como também não comprometer a consecução de outros objetivos, tão ou mais importantes e que merecem respeito no contexto do Estado Democrático de Direito.

Considerando-se o atendimento da função social como objetivo da norma, tem-se que a busca de sua realização afrontaria ou comprometeria o alcance de objetivos pretendidos por outras normas, especialmente da Constituição da República.

A função social se apresenta como causa de legitimação ou de justificação das intervenções legislativas que devem sempre ser submetidas a um controle de conformidade constitucional. (PERLINGIERI, 2002, p. 227).

O texto constitucional oferece ao legislador Ordinário e ao intérprete o conteúdo constitucional da disciplina da propriedade. Assim, “Um estatuto proprietário somente será merecedor de tutela se atender a função social preestabelecida na Constituição, sistematicamente interpretada” (TEPEDINO, 2004, p. 310)

Ainda que o entendimento da função social como elemento constitutivo seja da propriedade, seja da posse e não como instrumento limitador dos referidos direitos justificaria a identificação da ilegitimidade dos mesmos direitos (de posse e propriedade) e não a sua supressão indiscriminada, sem respaldo constitucional. A esse respeito:

a função social passa a integrar o conceito jurídico-positivo de propriedade (compondo o complexo de direitos e deveres subsumidos no conceito de direito de propriedade), delineando consideráveis modificações estruturais na sua conceituação conforme sobejamente aludido, de sorte que se vislumbra a salvaguarda da propriedade inteiramente compatibilizada com a ordem jurídica civil constitucional. (SOARES, 2009, p. 460).

Fundamentar sua existência pela necessidade de se implementar o princípio da função social da propriedade como fez brilhantemente o Código Civil nos três primeiros parágrafos do art. 1228, não seria razoável. Definitivamente, pelo menos nesse caso, os fins não justificam os meios, principalmente, quando existem outros meios legítimos e eficazes para se atingir o objetivo da função social da propriedade. Aliás, vale ressaltar questionamento levantado anteriormente: ainda que outros preceitos não estivessem sendo contrariados, estaria o instituto atendendo realmente o maior e melhor interesse social?

Nosso judiciário vem firmando entendimentos nesse sentido, quando o que está em questão é a validade da norma. No julgamento da Adin. 1.511/DF (DOU 31/10/96), de relatoria do Ministro Carlos Velloso, restou expressa a possibilidade de análise da razoabilidade da lei, com fundamento no devido processo legal:

Due process of law, com conteúdo *substantive* – *substantive due process* – constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*rationa-lity*), devem guardar, segundo W.Holmes, um real e substancial nexa com o objetivo que se quer atingir.

Outro acórdão denota a impossibilidade de legislar-se indiscriminadamente, a saber:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº8.713/93(ART.8º,§1º, E ART.9º) – [...] – ATIVIDADE LEGISLATIVA E OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO *SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW* – CONHECIMENTO PARCIAL DA ACÇÃO – MEDIDA LIMINAR DEFERIDA EM PARTE. AUTONOMIA PARTIDÁRIA: [...]

A cláusula do devido processo legal – objeto de expressa proclamação pelo art.5º, LIV, da Constituição – deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de carácter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário. A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe da competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu cumprimento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal. Observância pelas normas impugnadas, da cláusula constitucional do *substantive due process of law*.(STF, ADI-MC 1063/DF, [Relator Celso de Mello], Tribunal Pleno, julgado em 18/05/94, DJ 27/04/2001)

Rosemiro Pereira Leal (2009, p.54) esclarece, de forma simplificada, as dimensões (incidências) substancial e processual do princípio ora comentado, sendo a primeira composta pelas “garantias implantadas constitucionalmente”, e a segunda “o modo adequado de aplicação constitucionalmente assegurado”

Nesse sentido, outorgar ao juiz a prerrogativa de promover a desapropriação ofende materialmente a competência estabelecida para tal ato, vez que a função expropriatória é tipicamente administrativa. Tampouco é razoável uma norma apresentar critérios obscuros de aplicabilidade valendo-se de uma justificativa que, conforme exposto, não pode ser considerada legítima.

Importante lembrar que os critérios de validade acima elucidados se complementam, coexistem, não havendo sentido na consideração autônoma de cada um deles, pelo menos não para convalidar a norma jurídica.

8 REGRAS DE INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA NORMATIZAÇÃO PROPRIETÁRIA

Preceito básico relativo ao Ordenamento Jurídico se refere à sua consideração enquanto unidade, cuja base se respalda em uma norma fundamental à qual possam remontar, direta ou indiretamente, todas as outras normas do Ordenamento. Trata-se de unidade sistemática, composta por elementos ordenados coerentemente entre si e diante da norma fundamental. (BOBBIO, 2011, p.79)

Algumas proposições acerca da sistematicidade do Ordenamento Jurídico foram criadas. Ao tratar dos significados de sistema, Bobbio (2011, p.84-86) reconhece três modalidades quais sejam: sistema dedutivo, segundo o qual as normas devem derivar de princípios gerais; sistema indutivo, pelo qual normas singulares construiriam conceitos gerais e, finalmente, o sistema segundo o qual não poderia haver normas incompatíveis entre si no Ordenamento Jurídico, considerado um sistema negativo, por respaldar-se na exclusão de incompatibilidades. A esse último filia-se o referido autor.

A coerência que se espera de um Ordenamento Jurídico, entretanto, se refere apenas às suas partes singulares e não ao seu complexo. Nesse sentido, é perfeitamente possível a admissão de normas consideradas incompatíveis que não tenham a menor implicação uma com a outra, ou seja, que podem coexistir, pois não há interferência direta entre seus conteúdos.

Considerando esse conceito de sistema, ainda que produzidas por fontes legítimas, as normas poderiam ser consideradas inválidas, se incompatíveis com outras normas. Ampliado estaria o conceito de validade formal, por não estar adstrito à verificação da legitimidade do poder criador, mas também à coerência do conteúdo com outros já existentes.

Denomina-se antinomia, a situação de normas incompatíveis entre si, pelo que, admitindo-se o terceiro sentido do sistema, desdobrar-se-ia o Ordenamento Jurídico na função de resolver as possíveis incompatibilidades, mediante variados meios hermenêuticos.

Segundo Bobbio (2011, p. 92-93) a antinomia pode ser visualizada por meio da situação na qual são positivadas duas normas, das quais uma obriga e outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo

comportamento, desde que pertençam ao mesmo Ordenamento Jurídico e tenham o mesmo âmbito de validade (temporal, espacial, pessoal e material).

Além das antinomias entre as regras propriamente ditas, podem existir outros tipos de antinomias, tratadas por Bobbio (2011, p. 94) como impróprias. Consideram-se as antinomias entre princípios como aquelas que acabam por dar lugar a regras incompatíveis. As antinomias de valoração se referem mais à injustiça pelo tratamento diferenciado de situações do que de contradição (ex: uma norma que puna crime mais grave com pena mais leve e outra que puna o crime menos grave com pena mais dura). Por derradeiro, as antinomias teleológicas que ocorrem quando existe um conflito entre a norma que prescreve o meio para atingir um fim e aquela que prescreve o fim, a qual se enquadra perfeitamente no contexto do presente trabalho.

Nesse sentido, tem-se o art. 1228 do Código Civil como a regra que prescreve o meio para atingir determinado fim, e a Constituição da República, que prescreve o fim, qual seja o atendimento da função social. Entretanto, como visto anteriormente, a norma constitucional determina diretrizes para implementação da função social, por meio do instituto da desapropriação, que são violadas pelo Código Civil.

A solução para situações antinômicas não será outra, senão eliminar o inconveniente, desprezando-se uma das normas a partir de alguns critérios assim considerados: cronológico ou *Lex posterior*, segundo o qual prevalecerá a norma posterior, hierárquico ou *Lex superior*, segundo o qual prevalecerá a norma hierarquicamente superior e da especialidade ou *Lex specialis*, segundo o qual prevalecerá a norma especial diante da geral.

Os critérios acima são facilmente adotados para as chamadas antinomias solúveis ou aparentes. Existem, entretanto, as antinomias insolúveis ou reais para as quais não existe um critério de solução específico, ou se aplica mais de um, caracterizando o conflito entre critérios. Enquadra-se na primeira situação a hipótese de duas normas contemporâneas, de mesmo nível e gerais.

Segundo Bobbio (2011, p.101) não existe um critério concretamente ou segundo suas próprias palavras, validamente reconhecido. O único critério do qual se encontram referências nos tratados modernos é o decorrente da forma das normas (imperativa, proibitiva e permissiva), isso porque se duas normas são incompatíveis, pelo menos quanto à forma serão distintas.

Assim, por exemplo, se uma norma é imperativa e a outra é proibitiva ou permissiva, sendo antinômicas, há que se estabelecer uma graduação de prevalência entre as formas. Isso não significa que a opção por uma delas vá caracterizar a justiça, nem tampouco que efetivamente tenha que ser o referido critério adotado pelos operadores do Direito.

Um dos cânones a ser adotado para eleição da forma a ser adotada seria o da interpretação mais favorável sobre a odiosa, entretanto em se tratando de relação jurídica a interpretação mais favorável a um implicaria na mais odiosa ao outro, pelo que mais razoável seria decisão que ponderasse sobre qual dos interesses, no caso concreto, seria mais justo proteger, independente das formas assumidas pelas normas que resguardam um e outro interesse.

Para tal, poderia o intérprete optar pela eliminação de uma das normas conflitantes, numa espécie de ab-rogação imprópria, vez que desconsiderará a mesma para determinado caso concreto, não a expurgando do Ordenamento Jurídico. Outra hipótese seria a de uma dupla ab-rogação imprópria, pois, por se tratar de normas em contrariedade e não em contradição, uma eliminará a outra, e o intérprete por nenhuma delas optará. Finalmente a possibilidade de uma ab-rogação imprópria corretiva (parcial), onde o intérprete introduz uma leve ou parcial correção no texto para eliminar a incompatibilidade, conciliando e conservando as normas no sistema.

Não obstante devam ser reconhecidos os interesses mais relevantes com vistas a propiciar uma interpretação justa, deve-se também harmonizar a interpretação a preceitos gerais consagrados que garantam a existência de um Ordenamento Jurídico flexível, aberto às vicissitudes do caso concreto, mas ao mesmo tempo seguro, afinal, a solução do conflito será confiada à liberdade do intérprete, o que Bobbio (2011, p.103) considera um autêntico poder discricionário do intérprete.

Em se tratando de conflito de critérios, será verificada uma incompatibilidade de segundo grau e, para tal, não existe uma solução rígida e pré-estabelecida, o que ensejará uma análise pormenorizada de cada caso.

Diante do conflito entre os critérios *hierárquico* e *cronológico*, teremos uma norma anterior/superior em choque com uma norma posterior/inferior. Segundo Bobbio (2011, p.109), a solução é pacífica e dará sempre espaço à norma hierarquicamente superior, o que demonstra a prevalência do critério hierárquico,

não se aplicando o princípio *lex posterior derogat priori*. Sobre o assunto ponderou Perlingieri:

A hierarquia das fontes não responde apenas a uma expressão de certeza formal do ordenamento para resolver os conflitos entre as normas emanadas por diversas fontes; é inspirada, sobretudo, em uma lógica substancial, isto é, nos valores e na conformidade com a filosofia de vida presente no modelo constitucional. (PERLINGIERI, 2002, p. 9-10)

Se o conflito repousar sobre os critérios da *especialidade* e *cronológico*, verificar-se-á uma norma anterior/especial incompatível com uma norma posterior/geral. Aqui se prestigia o critério da especialidade, de modo que a lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente. (Bobbio, 2011, p. 109).

Finalmente, se a incompatibilidade recair sobre os critérios *hierárquico* e da *especialidade*, ambos mais fortes que o cronológico, a situação caracterizará o embate entre uma norma superior/geral e outra inferior/especial. Bobbio (2011, p.110) considera a mais difícil das situações para a qual não existe uma solução definitiva. O caso concreto deverá ser apreciado.

A gravidade do conflito deriva do fato de que estão em jogo dois valores fundamentais de todo o Ordenamento Jurídico, o do respeito da ordem, que exige o respeito da hierarquia e, portanto, do critério da superioridade, e o da justiça, que exige a adaptação gradual do direito às necessidades sociais e, portanto, respeito do critério da especialidade. (BOBBIO, 2011, p.110)

No mesmo sentido:

Tornar claro que a antinomia, tal e qual se a definiu, guarda relação de semelhança – não de identidade – com os conflitos pragmáticos, com a reiteração das ressalvas de que inexistem ausência de critérios jurídicos, uma vez que invariavelmente *prepondera o princípio da hierarquização axiológica, mesmo no conflito entre princípios*. [...] Uma vez que inexistem hipótese de hierarquização inexigível (interpretar revela-se, sempre e sempre, uma atividade hierarquizadora), indispensável reconhecer que tal inafastabilidade converte o critério hierárquico-axiológico em diretriz superior aos demais critérios (cronológico e da especialidade), sendo necessário assumir os consectários desta onipresença hierarquizante, especialmente ao se lidar com o fenômeno da colisão de princípios e, de resto, com as denominadas antinomias de segundo grau.[...] A tarefa suprema do intérprete constitucional reside, pois, em hierarquizar coerentemente princípios, normas estritas e valores, resultando límpido que a mutação constitucional, operada por meio da dominância cambiante deste ou daquele valor ou princípio, mostra-se imprescindível à higidez do sistema, sem que prescrições que estabeleçam hierarquias *a priori* devam impedir o trabalho da reflexão propícia à decisão melhor fundamentada. [...] Cumpre pôr em realce que bem interpretar qualquer dispositivo da Carta (ou em face dela) implica colocá-lo, plasticamente, em conexão com a

totalidade axiológica do sistema, realizando uma ponderada hierarquização de princípios, de regras e de valores, de sorte a obter a máxima justiça possível, substancialmente necessária para que a Constituição viva e a todos permita viver de modo satisfatório e digno. (FREITAS, 2002, p.111, 190, 192,194)

A coerência que se espera de um Ordenamento Jurídico sistemático, ainda que não exigida expressamente, normalmente se esbarra com as esferas de atuação daquele que elabora as normas, em particular ao legislador, e àquele que as aplica, por excelência o juiz.

A observância do critério cronológico será exigida desde a formulação da norma até sua aplicação. Quanto ao critério cronológico, não pesará à conduta elaborativa o dever de observar o conteúdo de normas anteriores, legislando com liberdade, desde que sejam do mesmo nível hierárquico, o que não se pode afirmar quanto ao juiz, que deverá prestigiar a mais nova. O mesmo raciocínio se aplica ao critério da especialidade.

Lorenzetti pondera acerca da difícil utilização dos critérios acima apontados, nos dias atuais, vez que o critério cronológico se perde diante da vasta e desenfreada produção de leis, o da especialidade em desvalorização diante da proliferação de leis especiais que concorrem entre si e, finalmente, o hierárquico, que, segundo o autor, está em crise diante da desierarquização do código (1998, p.423)

Não se trata de exagerar, nem de anunciar desabamentos, mas é certo que em um sistema como o atual, o mandado de coerência que se dirige ao juiz e ao legislador está sendo descumprido, e isso dificulta enormemente a aplicação das normas.

A coerência não é um requisito *sine qua non*, mas é uma aspiração; não é só um problema de lógica. Reveste-se a segurança entendida como predição, já que não é possível agir se não se sabe a ciência certa, qual é a norma vigente. Importa à justiça, porque o dar a cada um o que é seu está em risco, quando o juiz não sabe como fazê-lo. (LORENZETTI, 1998, p. 424)

Atingimos agora ponto de extrema relevância para o presente trabalho, que pode partir de uma indagação formulada por Bobbio relativa à coerência entre as normas existentes em um Ordenamento Jurídico.

A compatibilidade é uma condição necessária para a validade de uma norma jurídica? Aqui devemos responder negativamente, pelo menos em relação ao terceiro caso, isto é, em caso de normas de mesmo nível e contemporâneas, no qual, como vimos, não existe nenhuma regra de coerência. Duas normas incompatíveis *do mesmo nível e contemporâneas são ambas válidas*. (BOBBIO, 2011, p.113).

Da ponderação acima, pode-se concluir que se tratar a antinomia de incompatibilidade de níveis, comprometida estará a validade de uma das normas, pois, como visto no capítulo anterior, comprometeria a validade formal um dos aspectos da tridimensionalidade.

Após a análise dos três aspectos da validade, vale ressaltar a discussão da validade formal a partir das regras de interpretação elucidadas nas linhas acima. Pertinente a análise detida da situação descrita no art. 1.228, §§4º e 5º do Código Civil de 2002. Trata-se de norma hierarquicamente inferior e posterior à Constituição da República de 1988. Segundo a hermenêutica constitucional, somente ao poder constituinte compete a normatização das hipóteses de perda de propriedade privada. Segundo o já comentado enunciado 82 do Conselho de Justiça Federal, o instituto representa uma modalidade de desapropriação, respaldada pelo art. 5º, XXIV da CR/88, sob o argumento de que o legislador ordinário teria tão somente regulamentado a situação e não criado modalidade de perda de propriedade.

Acompanham esse entendimento aqueles que reconhecem, no instituto da expropriação judicial, o *status* de desapropriação realizada pelo poder judiciário. Ocorre que a regulamentação de norma constitucional não dá ao legislador ordinário o poder de alterar a essência de um instituto, pelo que não poderia o Código Civil de 2002 atribuir competências distintas das estabelecidas pela Constituição da República.

O art. 5º da CR/88 estabelece que 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”.

Conforme explicitado, já existe a norma regulamentadora da desapropriação por utilidade pública, formalizada pelo Decreto-Lei 3.365/41, o qual estabelece em seu art. 6º:

A declaração de utilidade pública far-se-á por decreto do Presidente da República, governador, interventor ou Prefeito.” Determina, ainda, em seu art. 9º que “Ao poder judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública.

Perlingieri (2002, p.10) adverte que o respeito à Constituição enseja a observância de procedimentos para emanar a norma infraconstitucional, mas

completa dizendo que isso será insuficiente, se não forem observados, no conteúdo da referida norma, valores presentes e organizados na própria Constituição. E ainda:

As normas constitucionais – que ditam princípios de relevância geral, são de direito substancial, e não meramente interpretativas; o recurso a elas, mesmo em sede de interpretação, justifica-se do mesmo modo que qualquer outra norma, como expressão de um valor do qual a própria interpretação não pode subtrair-se. (PERLINGERI, 2002, p.11)

Ainda que acatada a idéia de que o Código Civil veio regulamentar o art. 5º, XXIV da CR/88, estaria ele se apresentando de maneira antinômica ao referido Decreto. Nesse sentido, a lei civil seria considerada norma geral e posterior ao Decreto, sendo, portanto, preterida perante a especialidade do mesmo decreto, embora sendo uma norma cronologicamente posterior.

O Código Civil, de fato, inovou ao criar uma modalidade de desapropriação na qual o autor do ato expropriatório é o poder judiciário. Tal inovação, entretanto, repita-se, apresenta-se em flagrante desrespeito à autonomia dos poderes estabelecida pela Constituição, impossibilitando até mesmo o acesso à justiça de forma completa, para combate às possíveis ilegalidades, uma vez que o autor do ato é seu próprio controlador.

Como anteriormente asseverado, não há questionamento quanto à criação de normas que visem a atender ao princípio da função social, o que representa obediência a comando constitucional, entretanto, demais preceitos constitucionais devem ser verificados, sob pena de comprometer a coerência do sistema e dificultar a aplicabilidade da norma.

Tepedino traz elucidação a esse respeito quando se refere à eficácia do projeto constitucional:

A eficácia do projeto constitucional pressupõe, de uma parte, que se compreenda a relação entre a Constituição e a legislação infraconstitucional como relação em que a primeira se apresenta como fundamento interpretativo da segunda; de outra, a adesão à arguta formulação doutrinária que revelou, não sem objeções, a paulatina corporificação, nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, de um processo de 'despatrimonialização' do direito privado (TEPEDINO, 2004, p. 313)

Ao dispor sobre a orientação metodológica do anteprojeto do novo código civil na mensagem nº160 de 10 de junho de 1975, Miguel Reale justifica o fato de ter-se

atribuído a elaboração de cada parte do diploma legal a um membro da comissão. Nessa oportunidade asseverou que:

Para tanto, todavia, requer-se espírito científico, despidido de preconceitos e vaidades, pronto a reconhecer falhas e equívocos, mas sempre atento para discernir o que representa apenas pretensões conflitantes com as necessidades coletivas. (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, p. 29)

Dessas palavras podemos extrair o chamado “Tripé principiológico” proposto pelo Prof. Miguel Reale como estruturadores do novo código civil.

Weber trabalha a relação propriedade e Constituição a partir da teoria do filósofo político do século XX, Rawls, segundo o qual a propriedade é um direito fundamental porque seu intuito é proporcionar uma base material suficiente para a interdependência da pessoa e um sentimento de auto-respeito [...] (WEBER, 2006, p. 211).

Ainda quanto o aspecto fundamental da propriedade se manifesta Guilherme:

A propriedade, no ponto de vista histórico, sempre foi limitada, seja pelos perigos impostos a uma coletividade em razão dos acidentes geográficos e por inimigos silvestres, seja pela religião ou cultura de um povo. Constituem institutos unijulgados à propriedade e sempre se interpuseram entre o iníquo título jurídico e a hipotética propriedade absoluta, mantendo-se um mínimo e conteúdo (Ludovico Barassi). O limite é contratual à propriedade como o ombro do corpo, razão pela qual não deve dizer que o limite seja uma exceção e a falta de limite do direito, uma regra. Nesse intervalo de termos em que se entrepõem os limites, determina-se o modo de exercício da autonomia privada, bem como o poder ou poderes que compõem o conteúdo da propriedade e, por isso, diz-se concretamente qual propriedade se titulariza (GUILHERME, 2003, p. 297)

A interpretação do texto constitucional deve estabelecer uma criteriosa observação da exigência legal e as razões sociais para as quais a norma foi elaborada.

Um texto constitucional não pode ser lido desconsiderando o contexto; ou, se quisermos, utilizando outra linguagem, a Constituição não pode ignorar a realidade constitucional. Assim, contra leituras formalistas que procuravam uma juridicidade normativisticamente pura, sem o colorido vivificante da realidade, o direito constitucional teve de tomar a sério a articulação entre texto e contexto, recusar leituras de costas voltadas para a realidade. No entanto, ao mesmo tempo, num difícil exercício de equilíbrio no arame conceitual, não pode deixar de ser ameaçado pelo perigo da dissolução da normatividade constitucional, de uma colonização da juridicidade, transformada em mera câmara de ressonância dos ventos mutáveis e, em alguns períodos, particularmente instáveis, dos tempos. Entre uma irrealista e mutiladora purificação e reducionista dissolução, que deita fora a

autonomia da juridicidade e a especificidade da constitucionalidade, abre-se um caminho, muitas vezes estreito, de labor teórico e dogmático, que toma a sério a realidade, sem esquecer a “força normativa da constituição”. (LOUREIRO, p. 12-13, 2007)

Sobre a ingerência das normas constitucionais sobre a propriedade pronuncia-se Tejerina Velásquez:

A *propriedade privada*, do ponto de vista institucional, é um dos fundamentos que dá sustentação ao nosso ordenamento social e jurídico (CF, art. 170, II). Nesse sentido, desde o século XIX tem sido objeto de garantia na maioria das constituições. Mas há de assinalar-se ainda que a proteção constitucional aplica-se aos direitos patrimoniais existentes nos que o Estado somente pode desapropriar nos casos assinalados em lei (CF, art. 5º, XXIV, desapropriação, por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, ou no caso de iminente perigo público, art. 5º, XXV, da CF). (TEJERINA VELÁZQUEZ, 2006, p. 50).

9 CONCLUSÃO

Reconhecidamente a função social (socialização) da propriedade não se apresenta nos dias de hoje como uma novidade. Em diferentes épocas e lugares ela se estabeleceu, ainda que com fundamentos diferentes, apropriados a cada momento histórico em que se inseriu.

A evolução social, econômica e política da sociedade ensejou uma mudança de paradigma em diversos setores do direito, em especial, no tocante à propriedade privada. A função social agora assume papel definitivamente socializante, e sua essência visa respaldar o Estado Democrático de Direito.

Da necessidade de atendimento aos ditames da Constituição da República de 1988 resultou a modificação, extinção e criação de alguns institutos jurídicos, dentre eles o previsto no art. 1228, §§4º e 5º recepcionado pelo Código Civil, aqui denominado de Expropriação Judicial.

A complexidade das relações humanas no início do século XXI exige novas linguagens e novas abordagens do jurista, incutindo assim, além da utilidade acadêmica, o interesse social da pesquisa. Por essa razão necessária a verificação da efetividade da Expropriação junto à sociedade.

A análise da norma em comento à luz da teoria tridimensional teve por escopo não somente identificar-lhe a invalidade, como também certa incoerência do instituto, vez que o mentor da teoria tridimensional em nosso ordenamento jurídico foi também o idealizador do Código Civil de 2002, além de grande apreciador e defensor da Expropriação Judicial.

A identificação de aspectos que invalidam a norma formal e socialmente, ou seja, a consideração de sua inconstitucionalidade e ineficácia acaba por afetar sua validade axiológica, vez que o atendimento ao princípio da função social perde sua legitimidade e até sentido, diante das outras invalidades. Ademais, questiona-se se o real ou melhor interesse da sociedade é atendido por meio do instituto.

Entende-se, perfeitamente, a dimensão que a legislação infraconstitucional pretendeu dar à posse e à propriedade, mas por óbvio que tal dimensionamento deverá sempre ser orientado pela força normativa da Constituição.

Oportuna a ponderação de Venosa acerca da necessidade de coerência das normas diante das exigências constitucionais.

A história, a filosofia e a sociologia da propriedade repercutem diretamente sobre suas conseqüências jurídicas. O juiz deste início de século, a cada decisão, sem se descuidar da proteção ao proprietário, deve sempre ter em mira a função social de todos os bens. Entre nós, aliás, esse é o princípio constitucional, como destacamos no Capítulo 7 e reiteramos a seguir. Assim como não existe concepção de Direito para o homem só, isolado em uma ilha, não existe propriedade, como entidade social e jurídica, que possa ser analisada individualmente. A justa aplicação do direito de propriedade depende do encontro do ponto de equilíbrio entre o interesse coletivo e o interesse individual. Isso nem sempre é alcançado pelas leis, normas abstratas e frias, ora envelhecidas pelo ranço de antigas concepções, ora falsamente sociais e progressistas, decorrentes de oportunismos e interesses corporativos. Cabe à jurisprudência responder aos anseios da sociedade em cada momento histórico. As decisões acerca das questões patrimoniais não podem deixar-se levar por modismos ditos alternativos para mascararem decisões desvinculadas da lei. (VENOSA, 2010, p. 170-171)

E ainda, Freitas:

[...] *uma boa interpretação também é aquela que, desde sempre, sabe-se juridicamente aberta e coerente.* O intérprete constitucional – antes de tudo, intérprete jurídico – não deve desconhecer a abertura dialógica do sistema (a cognitiva e a do próprio sistema positivo)[...]. (FREITAS, 2002, p. 201).

Um modelo jurídico não adquire positividade pelo fato de ter-se originado de uma *decisão do poder*. Este deve ser competente e não pode decidir algo que conflita com imperativos constitucionais. Essa é a opinião do próprio idealizador do novo Código Civil, Miguel Reale:

Sob esse prisma, o pressuposto de validade independe do possível acerto ético-social do modelo jurídico, porquanto, por mais que ele possa ser útil ou necessário à coletividade, é uma determinação natimorta, se refutável à luz da Carta Magna. (REALE, 1994, p. 83).

Ainda que tenha andado mal o constituinte de 88, ainda que a revisão de 1994 tenha reparado tal mal, apenas parcialmente, no que diz respeito ao quorum para revisão constitucional, tem-se que não há um bloqueio para o processo democrático. Não se trata de um totalitarismo normativo, mas de um critério atual de segurança normativa, que pode ser alterado e melhorado, mas que não pode ser desprezado, mesmo diante da necessidade de modelos jurídicos mais adequados às novas conjunturas. Reafirma-se a necessidade de preservação da segurança, mormente diante de circunstâncias devidamente normatizadas, não se justificando definitivamente a violação da ordem jurídica em prol de um suposto atendimento aos interesses da comunidade.

Não há o que se questionar quando o que se põe em discussão é a dignidade da pessoa humana, princípio central de nosso Estado Democrático de Direito. Viabilizar a moradia, áreas de cultivo e exploração de um modo geral para execução do trabalho, com o objetivo de resguardar uma estrutura digna, mínima, ao ser humano nada mais é do que obrigação do Estado.

Como bem ponderam Oliveira e Flores Filho (2010, p.112), no mundo das relações “em rede” a liberdade depende do direito de não ser excluído. Ter direito de acesso é poder escolher e, no contexto da função social da propriedade, este é o novo sentido de liberdade individual.

A atuação do Estado, entretanto, deve ser coerente entre os poderes que o representam (executivo, legislativo e judiciário). Assim, não basta o legislativo criar uma norma necessária, mas inaplicável faticamente ou, ainda que factível, incoerente com o contexto jurídico em que foi inserida.

A segurança jurídica, poupada diante da observância de preceitos constitucionais, deve ser observada e preferida, mesmo diante da alegação da implementação da função social da propriedade, pois sua violação implicaria a transgressão de outros preceitos, comprometendo-se a ordem e a paz social.

A filtragem constitucional é um imperativo da ordem jurídica, que deve ser compreendida em sua plenitude pela ótica da Constituição, ensejando uma revisão e uma releitura dos institutos jurídicos (SOARES, 2009, p. 542).

Em se tratando de situações proprietárias não basta, simplesmente, analisá-las sob o ponto de vista funcional, acreditado garantir a coerência constitucional, pois não somente o princípio da função social da propriedade merece respeito dentro do texto constitucional.

O solidarismo social propugnado pela nova hermenêutica civilística deve se aliar à segurança jurídica necessária dentro de qualquer ordenamento jurídico, sendo um dos parâmetros do Estado Democrático de Direito. Segundo Salles, a Expropriação Judicial não se enquadraria nesses parâmetros, no que corrobora com a presente conclusão:

Diante do exposto, seja qual for o ângulo pelo qual se queira examinar o enorme problema gerado pelos §§4º e 5º do art. 1228 do Código civil de 2002, só se poderá chegar à conclusão de que os citados parágrafos são absolutamente absurdos, desnecessários (porque, se se quer chegar a um processo expropriatório, nossa vasta legislação sobre desapropriação aponta sempre o caminho a ser trilhado) e merecem ser revogados, uma

vez que criam um instituto, mas não indicam a forma de sua concretização porque não determinam a quem incumbirá o pagamento da indenização ao proprietário. (SALLES, 2009, p. 691)

O estudo ora apresentado buscou demonstrar que a função social da propriedade deve se pautar pelos demais paradigmas do Estado Democrático de Direito, não servindo como instrumento de desvirtuação de institutos jurídicos. A interpretação do referido princípio deve ser definida sem a inversão de valores a que o submete a Expropriação Judicial.

A análise proposta visou a atribuir à função social da propriedade o encargo de desenvolver o papel para o qual foi idealizada, qual seja, da socialização da propriedade ou viabilização da posse e, concomitantemente, manter a coerência necessária para sua aplicabilidade no contexto do sistema jurídico composto por outras normas, em especial a Constituição da República. Assim, o referido princípio pode ser reconhecido como elemento estruturador do direito em si, e não como subterfúgio para criação de normas que desconstituam o Estado Democrático de Direito.

Função social que não torna a sociedade *ex adverso* do proprietário, mas que torna cada um – inclusive o proprietário – colaborador de um processo solidário de convivência em sociedade. (OLIVEIRA; FLORES FILHO, 2010, p.115)

Diante da lacuna deixada pela doutrina de um modo geral, com relação à interpretação do instituto, assim como da inexistência de precedentes jurisprudenciais acerca do assunto, a pesquisa pretendeu inaugurar uma nova forma de analisá-lo, além de situar o estudo do instituto de maneira mais crítica e menos padronizada, como vem sendo apresentada ultimamente.

Assim, espera-se ter de fato contribuído para melhor compreensão da expropriação judicial, buscando o reconhecimento de seu propósito, sem perder de vista suas falhas; equívocos e desvirtuamentos. Espera-se ter despertado o senso crítico naqueles que sempre foram coniventes com o instituto, respaldando-se tão somente em enunciados, perdendo de vista outras diretrizes normativas.

Ainda que considerada merecedora de elogios a iniciativa do legislador de engendrar meios de se prestigiar a função social seja da posse ou da propriedade, vale a lembrança de que vivemos em um Estado regido por normas que seguem padrões mínimos de legitimidade. Não se defende a idéia de que o instituto, objeto de pesquisa, seja desprezado ou simplesmente rechaçado de nosso Ordenamento

Jurídico, mas que seja formalmente revisado e estruturalmente redefinido, para que os destinatários da norma não fiquem à mercê de orientações diversas, afinal os representantes do povo são eleitos para que coloquem no papel soluções viáveis para as mazelas sociais, vale frisar, viáveis...

A crítica proposta não repousa essencialmente sobre o fim da norma, mas sobre sua forma de aplicação tendo em vista a roupagem assumida pelo instituto, qual seja de desapropriação, cujas diretrizes já se encontravam precisamente estabelecidas.

Conclui-se por derradeiro que, a par da necessidade de se implementar ferramentas que garantam a socialização dos bens jurídicos, que estas sejam criadas e aplicadas em consonância com outros preceitos do sistema jurídico. No que tange ao art. 1228, §§4º e 5º do CC, se o que se pretende é o reconhecimento de uma nova modalidade de desapropriação, ainda que com características peculiares, que sejam atendidas as premissas fundamentais do instituto da desapropriação, especialmente as ditadas pela Constituição; que sejam eliminadas as imprecisões conceituais do seu texto normativo, para que tenha maior alcance e aplicabilidade junto à sociedade.

Assim, a proposta de atendimento à função social da propriedade/posse será considerada legítima e não apenas uma frágil justificativa, além de muito bem vinda, diante do contexto social vivenciado, por uma sociedade que necessita sentir e experimentar um Estado Democrático de Direito. .

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado (Org.). **Jornada de Direito Civil**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007. 134 p.

ÁVILA, Fernando Bastos de. **Pequena enciclopédia de doutrina social da Igreja**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1991. 456 p.

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. 229p.

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. 788p.

ALVIM, Arruda. Função Social da Propriedade. **Revista Autônoma de Direito Privado**. Curitiba, n.1, p.161-178, out./dez. 2006.

ARMELIN, Donaldo. A tutela da posse no novo Código Civil. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NETTO, Domingos Franciulli (Coord.) **O Novo Código Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003, p.951-980.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Compreendendo os novos limites à propriedade: uma análise do art. 1.228 do código civil brasileiro. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). **O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do código civil nos demais ramos do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. Cap. 14, p. 603-621.

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.com.br/revista/texto/6725>>. Acesso em: 20 out. 2011.

BARROSO, Lucas Abreu. A responsabilidade subsidiária da administração pública pelo pagamento indenizatório: interpretação do §5º, do art. 1.228, do código civil, em decorrência dos direitos fundamentais dos ocupantes de baixa renda. In: SALIBA, Aziz Tuffi; ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. (Org.). **Direitos fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010. p. 211-218.

BARROSO, Lucas Abreu. Hermenêutica e operabilidade dos parágrafos 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil. **Revista Prática Jurídica**, Brasília, v. 35, p. 14-17, 28 fev. 2005.

BARROSO, Lucas Abreu. Hermenêutica e operabilidade dos parágrafos 4º e 5º do art. 1.228 do código civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 21, n. 21, p. 130-138, 2005.

BARROSO, Lucas Abreu. Hermenêutica e operabilidade dos parágrafos 4º e 5º do art. 1.228 do código civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, v. 30, p. 149-160, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. arts. 5º a 17. São Paulo: Saraiva, 1989. v.2, 620p.

BIX, Brian. Questões na interpretação jurídica (p. 205-232). In: MARMOR, Andrei (org.). **Direito e Interpretação**: ensaios de filosofia do direito. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004. 694p.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista; Ariani Bueno Sudatti. 4. ed. Bauru, SP: Edipro, 2008. Título original: *Teoria della norma giuridica*. G. Giappichelli Editore, Torino, 1993. 192p.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Ari Marcelo Sólón. São Paulo: Edipro, 2011. 175p.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Novo Código Civil: redação final do projeto de lei nº 634-B, de 1975: aprovada pela Câmara dos Deputados. 121p. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mai. 1984. Suplemento ao n. 47.

BRASIL. Código Civil(2002). **Novo Código Civil**: exposição de motivos e texto sancionado. 2. ed. atual. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005. 340 p.

BRITO, Rodrigo Toscano de. “Desapropriação Judicial” e usucapião coletivo: uma análise comparativa. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jonas Figueirêdo (Coord.). **Novo Código Civil**: questões controvertidas: direito das coisas. São Paulo: Método, 2008, p.119-140. (Coleção: Grandes temas de Direito Privado. v. 7.)

BRITTO, Carlos Ayres. Direito de propriedade: o novo e o sempre velho perfil constitucional da propriedade. **Revista de Direito Público**, Londrina, n. 91, julho/setembro de 1989, p. 44-51.

CASSETTARI, Cristiano. Uma análise do instituto descrito no art.1228, §§ 4º e 5º, do Código Civil: Pontos divergentes e convergentes. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jonas Figueirêdo (Coord.). **Novo Código Civil**: questões controvertidas: direito das coisas. São Paulo: Método, 2008, p.104-118. (Coleção: Grandes temas de Direito Privado. v. 7)

COMISSÃO DE ESTUDOS LEGISLATIVOS (BRASIL). **Anteprojeto de Código Civil**. Brasília: Ministério da Justiça, 1973. 387p.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, Empresa e Função Social. **Revista dos Tribunais**. Fasc. Civ., Ano 85, v. 732, out. 1996, p. 38-46.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Jornadas de Direito Civil**: Enunciados aprovados. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/cjf/cej-publ/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados/?searchterm=enunciados>> Acesso em: 10 set.2009.

DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo**: teoria da legitimidade democrática. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. 192 p.

DEL NEGRI, André. **Teoria da Constituição e do Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 409p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito das Coisas. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.4, 653 p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: teoria geral do direito civil. v.2. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 519 p.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 14 ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. 1442 p.

DUGUIT, León. **Las transformaciones del derecho**: público y privado. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1975.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Fabris, 1988. 102p.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 6.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 774 p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 664 p.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 181p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. arts. 1^a a 103. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v.1, 503p.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. A extensão do conceito de “boa-fé” em limitação ao direito de propriedade definida no art. 1.228, § 4^o, do Código Civil: o controvertido instituto da “expropriação judicial”. p.233-240. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Angélica Arruda (coord.). **Revista autônoma de Direito Privado**. Curitiba: Juruá, n.1, out./dez. 2006. 398 p.

FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 1056 p.

FRANCE. **Code Civil** (1804). Le Service Public de La Diffusion du Droit - Legifrance. Disponível em:< <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006428859&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=18040206>> acesso em:09/12/2011.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3 ed.rev.e amp. São Paulo: Malheiros, 2002. 307 p.

FREITAS, Rodrigo Cardoso. **Propriedade, Posse e Detenção**: algumas questões relevantes em torno da função social. 2008. Dissertação de Mestrado em Função Social do Direito - Faculdade Autônoma de Direito.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. **Teorias de la Tópica Jurídica**. Madri: Civitas, 1988.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. Tradução A.M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkiann: Lisboa, 2003. 813p. Título original: Introduction Historique au Droit (1979).

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. 570 p.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. 416 p.

GONDINHO, André Osorio. Função Social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (coord). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 590p.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. A limitação da autonomia privada nos direitos reais e pessoais. In: JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade (coords.). **Revista de Direito Privado**. Ano 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho de 2003.

HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. A função social da posse e a Usucapião Anômala. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jonas Figueirêdo (Coord.). **Novo Código Civil**: questões controvertidas: direito das coisas. São Paulo: Método, 2008. p.313-332. Coleção: Grandes temas de Direito Privado. v. 7.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 1598 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do Processo**: primeiros estudos. 8.ed.Rio de Janeiro:Forense,2009. 350 p.

LIMA, Marcio Kammer. **Usucapião coletivo e desapropriação judicial**: instrumentos de atuação da função social da propriedade. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009. 155 p.

LIMA, Taisa Maria Macena de. Princípios fundantes do direito civil atual. p.241-258. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. FIUZA, Cesar. SÁ, Maria de Fátima Freire de. (coords.). **Direito Civil**: atualidades IV: teoria e prática no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 331p.

LOREIRO, João Carlos. Adeus ao Estado Social?: o insustentável peso do não-ter. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 83, 2007, p.99-182.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 613p.

MAJADAS, Márcia Fatari. **Discricionariedade e desvio de poder em face de princípios constitucionais da administração pública**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. 207p.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**: de acordo com o novo código civil e com o Estatuto da Cidade. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. 269 p.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. O direito de propriedade e o instituto do usucapião no Código Civil de 2002. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. (Org.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Ed. Método, 2003, v.1 , p. 285-295.

MATTIETTO, Leonardo. A renovação do direito de propriedade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 42, n.168, out./dez., 2005.

MATTOS, Liana Portilho. **Nova Ordem Jurídico-Urbanística: Função Social da propriedade na prática dos Tribunais**. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2006. 186 p.

MAZZILLI, Hugo Nigro; GARCIA, Wander. **Anotações ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. 648 p.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Novo Código Civil Anotado**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MIRAGEM, Bruno. O artigo 1.228 do Código Civil e os deveres do proprietário em matéria de preservação do meio ambiente. **Revista de informação legislativa**. Brasília, v. 42, n. 168 out./dez. 2005, 101-120p.

OLIVEIRA, Julio de Aguiar de; FLORES FILHO, Edgard Gastón Jacobs. Propriedade e Função Social: ensaio sobre a filosofia da propriedade privada. **Revista da Faculdade de Milton Campos**. Belo Horizonte, v. 17, p. 231- 244, 2008.

OLIVEIRA, Julio de Aguiar de; Flores Filho, Edgard Gastón Jacobs. Função Social e direito de acesso à propriedade privada. In: SOUZA, Adriano Stanley Rocha (coord.). **Estudos avançados da posse e dos direitos reais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 376p.

PAMPLONA, Danielle Anne. **Devido processo legal**: aspecto material. Curitiba: Juruá Editora, 2009. 171 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Evolução do direito de Propriedade. **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, v.11, n.1, p.219-230, 1982.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 4.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 359 p.

RAMOS, Glauco Gumerato. **Contributo à dinâmica da chamada desapropriação judicial**: diálogo entre Constituição, direito e processo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 931, 20 jan. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7857>>. Acesso em: 10 set. 2009.

REALE, Miguel. **O projeto de Novo Código Civil**: situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986. 126p.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994a. 124p.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5.ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994b. 161p.

REALE, Miguel. **O projeto do Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 ed. São Paulo:Saraiva, 2002a.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002b.

REALE, Miguel. **História do novo Código Civil**. São Paulo: RT, 2005.

RIBEIRO, Alex Sandro. **Anotações sobre a posse pro labore no novo código civil**. Jus Navegandi. Teresina, ano 7, n° 63, Marc.2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3832>>, acesso em 15.05.2007.

RIBEIRO, Benedito Silvério. Usucapião no novo Código Civil. In: ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2004, v. 2.

RODOTA, Stefano. **El terrible derecho**:estúdios sobre la propiedad privada. Madri: Civitas, 1986.

SALLES, José Carlos de Moraes. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 896p.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SILVA, Almiro do Couto (coord.). **Anteprojeto de Código Civil**. 2. ed. rev. Departamento de Imprensa Nacional, 1973. 469p. Comissão de estudos legislativos – Ministério da Justiça.

SOARES, Sávio de Aguiar. Direito de propriedade privada e sua função social: estudo sob a perspectiva civil constitucional. In: FIUZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil**: atualidades III- princípios jurídicos no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p.451-470.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. **Direito das Coisas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 244 p. Coleção Direito Civil.

TEPEDINO, Gustavo. Aspectos da propriedade privada na Ordem Constitucional. In: TUBENCHLAK, James e BUSTAMENTE, Ricardo (coords). **Estudos Jurídicos**. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 590 p.

TEPEDINO, Gustavo. Os direitos reais no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**: Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P.142-157.

TEJERINA VELÁZQUEZ, Victor Hugo. Alguns aspectos da função social da propriedade no novo código civil. XII Encontro Nacional do CONPEDI. **Anais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 291-332.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direitos reais. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 662 p.

VIANNA, Marco Aurélio Sá de. **Comentários ao Novo Código Civil**: dos direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XVI

WEBER, Thadeu. O direito de Propriedade em Rawls e a Constituição de 88. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 32, n. 2, p. 207-209, dez.2006.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2. ed. Tradução A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkiann:1993. 631 p.

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no projeto do Código Civil. In: MARTINS COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: RT, 2002.