

A DENOMINADA DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL POR POSSE-TRABALHO PREVISTA NO CÓDIGO CIVIL COMO FORMA DE APLICAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

THE EXPROPRIATION NAMED JUDICIAL OFFICE-WORK ON CIVIL CODE AS A MEANS OF IMPLEMENTING THE SOCIAL FUNCTION OF PROPERTY

Juliana Pavesi¹
Adriana Clara Bogo dos Santos²

RESUMO: A presente pesquisa teve como objeto de estudo, o novo instituto denominado pela maioria da doutrina de desapropriação judicial por posse-trabalho, que foi introduzido no Código Civil de 2002, nos § 4º e § 5º do art. 1228. Tal instituto tem ligação direta com o consagrado princípio constitucional da função social da propriedade, previsto nos arts. 5º, XXII e XXIII e art. 170, III, da Constituição Federal, sendo igualmente acolhido pelo Código Civil de 2002. Por ser uma inovação prevista no Código Civil, o instituto da desapropriação judicial por posse-trabalho tem sido objeto de intermináveis controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais desde a sua criação. Isso porque, segundo os estudiosos, em que pese a existência de norma cogente, obrigando o proprietário a fazer que sua propriedade cumpra uma função social, no instituto em estudo, alguns defendem a tese de que a desapropriação nos moldes previstos viola o direito de propriedade do proprietário desapropriado, além de se constituir em norma “aberta”, que deixa grande arbítrio ao julgador, o que poderia contribuir para injustiças e instabilidade jurídica. Assim, a presente pesquisa teve como principal objetivo investigar à luz da lei, da doutrina e da jurisprudência, a efetividade do instituto da desapropriação judicial por posse-trabalho como forma de aplicação da função social da propriedade e, por consequência, como instrumento de inclusão social. Ao final da pesquisa, concluiu-se que apesar de o instituto da desapropriação judicial ser uma inovação no ordenamento jurídico pátrio, ele não está sendo aplicado.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade. Função Social. Posse Qualificada. Instrumento de Regularização.

ABSTRACT: This research had as its object of study the new institute named by the majority of the doctrine of eminent domain for judicial office-work, which was introduced in the 2002 Civil Code, in § 4 and § 5 of art. 1228. Tal institute has established a direct connection with the constitutional principle of the social function of property as provided in arts. 5, XXII and XXIII and art. 170, III, of the Constitution, is also upheld by the Civil Code of 2002. Being an innovation under the Civil Code, the Office of the expropriation proceedings are held-work has been the subject of endless controversies and doctrinal jurisprudence since its inception. This is because, according to scholars, despite the existence of cogent rule requiring the owner to make your property meets a social function in the institute study, some theorize that expropriation is in the intended manner violates the right of ownership expropriated owner, besides being a standard in "open", which leaves great discretion to the judge, which could contribute to legal inequities and instability. Thus, this research aimed to investigate under the law, doctrine and jurisprudence, the effectiveness of the institution of expropriation proceedings are held as work-how to implement the social function of property and, therefore, as a tool for inclusion social. At

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário de Brusque (Unifebe). E-mail: juli.pavesi@bol.com.br

² Mestre em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Docente do Curso de Direito da Unifebe. E-mail: acbogo@terra.com.br

Artigo resultante da Pesquisa de Iniciação Científica intitulada “**A denominada desapropriação judicial por posse-trabalho prevista no Código Civil como forma de aplicação da função social da propriedade**” financiada com recursos da Lei Complementar Estadual nº 281/05, alterada pela Lei Complementar Estadual nº 296/05 e pela Lei Complementar Estadual nº 420/08 do Estado de Santa Catarina e da Fundação Educacional de Brusque, mantenedora do Centro Universitário de Brusque - Unifebe.

the end of the study, concluded that despite the institute of expropriation is a judicial innovation in Brazilian law, it is not being applied

KEYWORDS: *Property. Social Function. Qualified Posse. Instrument Accounts.*

Introdução

A presente pesquisa teve como objeto de estudo o instituto denominado pela doutrina de desapropriação judicial por posse-trabalho, que foi introduzido no Código Civil de 2002, nos § 4º e § 5º do art. 1228.

Tal instituto tem ligação direta com o consagrado princípio constitucional da função social da propriedade, previsto nos arts. 5º XXII e XXIII e art. 170, III, da Constituição Federal, sendo igualmente acolhido pelo Código Civil de 2002.

À luz de nosso ordenamento jurídico, o direito de propriedade hoje não pode mais ser visto como um direito absoluto do proprietário, objetivando unicamente os interesses destes, mas sim deve ser exercido em consonância com os interesses de toda a coletividade.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, com o Código Civil de 2002, houve uma relativização do direito de propriedade, antes visto como absoluto e inviolável. A propriedade mudou seu caráter patrimonialista para personalista. Os princípios trazidos com o Código Civil de 2002 mudaram a concepção individualista da propriedade, que passou a ter necessariamente uma função social.

Em consonância com o princípio da função social da propriedade, o art. 1.228, § 4º e § 5º, do Código Civil de 2002, instituiu uma nova modalidade de aquisição e perda da propriedade, a chamada desapropriação judicial por posse-trabalho, ou seja, a posse enriquecida pelos valores do trabalho, também denominada posse qualificada ou posse social.

Por ser uma inovação prevista no atual Código Civil, o instituto da desapropriação judicial por posse-trabalho tem sido objeto de intermináveis controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais desde a sua criação. Isto porque, segundo os estudiosos, em que pese a existência de norma cogente obrigando o proprietário a fazer com que sua propriedade cumpra uma função social, no instituto em estudo, alguns defendem a tese de que a desapropriação nos moldes previstos viola o direito de propriedade do proprietário desapropriado, além de se constituir em norma “aberta”, que deixa grande arbítrio ao julgador, o que poderia contribuir para injustiças e instabilidade jurídica.

Assim, a presente pesquisa teve como principal objetivo investigar à luz da lei, da doutrina e da jurisprudência, a efetividade do instituto da desapropriação judicial por posse-trabalho como forma de aplicação da função social da propriedade e, por consequência, como instrumento de inclusão social.

O Direito de Propriedade X Função Social

Ao longo dos anos o direito a propriedade, assegurado pelo ordenamento jurídico pátrio, foi visto como um direito absoluto e exclusivo do proprietário, podendo este fazer o que desejasse com seus bens móveis e imóveis.

Para proteger este direito, o proprietário teve assegurado ainda diversas medidas judiciais, postas à sua disposição para defender sua propriedade, entre elas destacam-se as ações possessórias e petições.

Rodrigues (2003, p.76-77) ressalta ainda que “a propriedade representa a espinha dorsal do direito privado, pois o conflito de interesses entre homens, que o ordenamento jurídico procura disciplinar manifesta-se, na quase generalidade dos casos, na disputa sobre bens”.

Nesta seara, o direito de propriedade foi tido durante muitos anos como um direito individual do proprietário.

A Constituição Federal de 1988, entretanto, relativizou o direito de propriedade, ao dispor em seu artigo 5º, XXIII, que: “a propriedade atenderá sua função social”.

Da leitura do dispositivo percebe-se que é assegurado o direito a propriedade, entretanto este direito está associado ao cumprimento da função social.

Torres (2008.p.223) afirma que a função social, prevista na Constituição Federal de 1988, está ligada a idéia de bem social, ou seja, o direito de propriedade não pode mais ser visto como absoluto e exclusivo do proprietário, mas tal direito deve ser exercido em consonância com os interesses da coletividade.

Para Torres (2008, p.223), a inovação trazida pela Constituição Federal de 1998, ao impor como requisito ao direito de propriedade a função social, se fazia necessária para “restabelecer o equilíbrio ao direito de propriedade, oriundo do individualismo, impondo a noção do bem social”.

Duguit citado por Gonçalves (2011, p.244) no mesmo sentido dispõe:

A propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a

função social do detentor da riqueza mobiliária e imobiliária; a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais, as quais deve responder.

Sobre a função social da propriedade dispõe Albuquerque (2002, p. 53-54):

A função social da propriedade está integrada, pois, ao conteúdo mínimo do direito de propriedade, e dentro deste conteúdo está o poder do proprietário de usar, gozar e dispor do bem, direitos que podem ser objetos de limitações que atendem a interesses de ordem pública ou privada.

Para Carlos Ary Sunfeld, (1995, p.13) o uso da propriedade deve servir para desenvolvimento da sociedade promovendo justiça social e neste sentido estabelece:

A propriedade, como elemento fundamental da ordem econômica, há de servir à conquista de um desenvolvimento que realize a justiça social. Conseqüentemente, o regime jurídico que lhe for traçado deve ensejar o desenvolvimento e favorecer um modelo social que seja o da justa distribuição da riqueza.

Corroborando o exposto, Giordani (1991), leciona que o direito a propriedade é garantido constitucionalmente desde que vinculado ao efetivo exercício de sua função social:

Ao mesmo tempo em que a propriedade é regulamentada como direito individual fundamental, revela-se o interesse público de sua utilização e de seu aproveitamento ligado aos anseios sociais.

Por sua vez Rocha, (2000, p. 711) vai além e dispõe que o cumprimento da função social da propriedade é um dever do proprietário, e que somente o proprietário terá direito às garantias judiciais inerentes a propriedade, se comprovado o exercício da função social:

Como já referido, a função social da propriedade, com sua natureza de dever do proprietário, tem uma importância transcendental para o trabalho da magistratura: “significa na prática que o judiciário só pode dispensar proteção jurídica ao proprietário que prove ter cumprido o dever da função social. Em outros termos, a Constituição cria para o proprietário o ônus de provar em juízo que deu à propriedade uma função social para que possa merecer a proteção do judiciário. Por conseguinte, segundo a Constituição, a propriedade não é só um conjunto de poderes do indivíduo sobre as coisas, que ele pode usar a seu talante, mas também o dever de exercitar esses poderes numa direção social. Em resumo, a Constituição introduziu o dever no conteúdo do direito de propriedade.

Assim, através da função social - princípio tutelado constitucionalmente, a propriedade não é mais um direito ilimitado e absoluto do proprietário, mas um direito a ser exercido de

modo a beneficiar toda a coletividade.

A função social da propriedade será assim atendida quando, a utilização do bem móvel ou imóvel estiver em consonância com os preceitos constitucionais voltados à política urbana, à política agrícola, 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 do princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da função social da propriedade foi igualmente incorporado no Código Civil de 2002 e está previsto no parágrafo primeiro do art. 1.228³, em consonância com os dispositivos constitucionais.

Visando a aplicabilidade de tal princípio, o legislador introduziu no Código Civil uma nova forma de desapropriação, privilegiando aquele que atende à função social da propriedade, a denominada *desapropriação judicial por posse trabalho*, que será objeto de estudo do presente artigo.

A Desapropriação Judicial Por Posse-Trabalho

A desapropriação judicial por posse-trabalho está prevista no art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil de 2002, com a seguinte redação:

Art. 1228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

(...)

§4º. O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nelas 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.

³ **Art. 1.228.** O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

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

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade (2005, p. 635) acerca da referida desapropriação judicial lecionam:

É o ato pelo qual o juiz, em ação dominial ajuizada pelo proprietário, acolhendo defesa dos réus que exercem a posse-trabalho, fixa na sentença a justa indenização que deve ser paga por eles, réus, ao proprietário após o que valerá a sentença como título translativo da propriedade, com ingresso no registro de imóveis em nome dos possuidores, que será os novos proprietários (CC, 1228, § 5º). Compõem o direito de desapropriação judicial: a) com relação ao imóvel: propriedade de outrem; área extensa, b) quanto à posse: ser ininterrupta e de boa-fé por cinco anos; ter sido exercida por número considerável de pessoas; ser caracterizada como posse-trabalho, isto é, exercida por pessoas que realizaram no imóvel, em conjunto ou separadamente, obras e serviços de interesse social ou econômico relevante.

No mesmo sentido leciona Lisboa (2002, p. 204-205):

Fundado no princípio da socialidade, o novo Código Civil, trata da desapropriação de imóvel de extensa área na qual um considerável número de pessoas se encontra ali, na posse ininterrupta e de boa-fé por mais de cinco anos e essas pessoas ali realizaram, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados de interesse social e econômico relevantes. Chama a atenção o fato de que essa desapropriação não é destinada ao Poder Público promovê-la, através da edição de um decreto expropriatório regular, mas ao juiz de direito reconhecê-la, se as atividades desempenhadas pelas pessoas que se acham no imóvel foram de interesse social e econômico relevante. Nesses termos concebidos, é a medida de inestimável valor, pois confere-se ao Poder Judiciário a possibilidade de analisar eventual perda da propriedade imóvel de forma compulsória.

Para Tartuce (2008, p. 130) o instituto além de uma inovação trazida pelo Código Civil de 2002, se apresenta como uma criação brasileira, pois não está previsto em qualquer codificação do Direito Comparado, sendo uma nova forma de aquisição e perda da propriedade.

Gonçalves (2011, p. 245) define o instituto como sendo “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 posse-trabalho”.

A grande inovação na criação deste instituto jurídico denominado desapropriação judicial por posse-trabalho está no fato de que a desapropriação em si, é feita pelo juiz ao analisar o caso concreto, sem intervenção prévia dos Poderes Legislativo e Executivo, como ocorre nas demais formas de desapropriação (CASTRO, 2002, p. 147).

Merece igualmente destaque o fato de que o legislador conferiu valor especial a posse-trabalho, ou seja, á posse enriquecida pelos valores do trabalho.

Desta forma, o legislador ao criar esta nova forma de desapropriação pensou naquelas pessoas que, sem o título de propriedade, ocupam áreas abandonadas por seus proprietários, e

se utilizam desta área para moradia, trabalho, passando a dar, efetivamente, uma função social aquela área, que antes estava abandonada.

Por se apresentar como um instituto inovador, muito se discutiu a respeito da constitucionalidade da desapropriação judicial por posse-trabalho.

Entretanto, o instituto foi declarado constitucional, conforme Enunciado nº 82⁴ da 1ª Jornada de Direito Civil: “é constitucional a modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista no §§ 4º e 5º do art. 1.228, Código Civil”.

No mesmo sentido leciona NELSON NERY JUNIOR (2005, p. 635):

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

Desta forma o instituto jurídico, apesar de grandes controvérsias, é considerado constitucional.

Requisitos para a aplicação do Instituto Jurídico da Desapropriação Judicial por Posse-Trabalho

Em que pese o reconhecimento da constitucionalidade do instituto jurídico em questão, a sua introdução na codificação civil por meio do §§ 4º e 5º no art. 1.228, por se tratar de norma aberta, deixa margem há diversas interpretações jurídicas, interpretações estas que somente poderão ser esclarecidas através da doutrina e jurisprudência.

Os §§ 4º e 5º do referido artigo trazem uma série de conceitos em abertos. Segundo estes dispositivos, são eles: a) Imóvel reivindicado; b) Posse de Boa-fé; c) extensa área; d) considerável número de pessoas; e) houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante; f) Justa indenização.

Vejamos a seguir o que a doutrina tem esclarecido com relação a cada um deles.

Imóvel Reivindicado

Da leitura do art. 1228, § 4º, do Código Civil de 2002, denota-se que o legislador ao referir-se a imóvel reivindicado, permitiu que o instituto da desapropriação judicial por posse-

⁴ BRASIL. I Jornada de Direito Civil do Superior Tribunal de Justiça. Conselho Federal de Justiça. Enunciado nº 82.

trabalho fosse aplicado nas ações reivindicatórias.

A ação reivindicatória por sua vez é a via procedimental adequada para que o titular de direito, não possuidor, retome o bem de quem injustamente o possua. Contudo, para procedência do pedido reivindicatório, indispensável é que o autor demonstre seu domínio e a posse injusta de outrem, além de individualizar a coisa.

Neste sentido dispõe o Código Civil no seu art. 1.228: "o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha".

Acerca da ação reivindicatória dispõe Ribeiro (2006, p. 1.487):

O direito do proprietário à seqüela, de ir buscar a coisa onde se encontra e em poder de quem se encontra, listado no supracitado dispositivo, é exercido por meio da ação reivindicatória, a qual "compete ao proprietário que tem título de domínio devidamente registrado, mas não tem a posse material da coisa"

Para fins de aplicação do instituto da desapropriação judicial por posse trabalho, é necessário tal instituto ser argüido pelos possuidores (réus na ação reivindicatória) em sede de contestação.

Neste sentido foi aprovado o Enunciado n° 84 do Conselho da Justiça Federal: "A defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (art. 1.228, §§ 4° e 5°, do Código Civil de 2002) deve ser argüida pelos réus da **ação reivindicatória**, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização".

Da leitura do referido enunciado denota-se que a aplicação do instituto da desapropriação judicial por posse-trabalho, deve ser levantada em sede de contestação pelos réus da ação reivindicatória.

Apesar da leitura do art.1.228, § 4° e 5° do Código Civil dar a entender que somente será possível a aplicação do instituto da desapropriação judicial por posse-trabalho nas ações reivindicatórias, o Conselho Federal de Justiça, aprovou o Enunciado n°310, na Quarta Jornada de Direito Civil:

Enunciado n°310: Art.1.228. Interpreta-se extensivamente a expressão "imóvel reivindicado" (art. 1.228, § 4°), abrangendo pretensões tanto no juízo petitório quanto no possessório.

Da leitura do referido Enunciado, verifica-se que poderá ser aplicado o instituto da desapropriação judicial nas ações possessórias e não apenas nas ações reivindicatórias, interpretação que mais atende ao princípio da socialidade, presente no Código Civil.

Posse de Boa-fé

Outro requisito para a aplicação do instituto da desapropriação judicial é que a posse seja de boa-fé.

O Código Civil de 2002, em seu art.1.201, estabelece o que é boa-fé:

Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.
Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção.

Contudo, o Enunciado n°309 do Conselho Federal de Justiça, aprovado durante a IV Jornada de Direito Civil de 2006, dispõe: “O conceito de posse de boa-fé de que trata o art. 1.201 do Código Civil não se aplica ao instituto previsto no § 4º do art. 1.228 do Código Civil”.

Explica Tartuce (2008, p. 136), que o conceito de posse de boa-fé para a aplicação do instituto da desapropriação privada por posse-trabalho não é o conceito subjetivo de boa-fé, mas sim o objetivo, ou seja, a boa-fé dos ocupantes deve ser relacionada à sua conduta, e não no plano intencional.

De qualquer forma, a norma em questão deixa ao critério do magistrado analisar e julgar se no caso concreto houve posse de boa-fé, para poder aplicar ou não o instituto da desapropriação judicial.

Da Extensa Área e Considerável Número de Pessoas

A extensa área e o considerável número de pessoas são conceitos que permitem inúmeras suposições.

A respeito da extensa área, não há nenhuma delimitação na medida exigida para aplicabilidade do instituto em comento, ficando tal critério ao arbítrio do julgador.

O mesmo ocorre com o requisito considerável número de pessoas. A lei não limita tal número e não exige um número mínimo de pessoas, dando a entender que até mesmo duas ou três pessoas poderiam ser considerados “*considerável número*“ dependendo do caso *sub judice*.

Houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços de interesse social e econômico relevante

O requisito da realização, em conjunto ou separadamente, de obras e serviços poderá ser provado através da instrução probatória.

Entretanto, em relação ao interesse social e econômico relevante das obras e serviços realizado pelos ocupantes, caberá ao juiz ao analisar o caso concreto verificar este critério, vez que a lei não definiu o que vem a ser interesse social e econômico relevante, dando margem a inúmeras especulações.

Todavia, em que pese se tratar de conceito aberto, Torres (2008, p. 385) destaca que há necessidade de uma hermenêutica adequada para casos como esse. E ressalta:

A Constituição Federal de 1988 inseriu na ordem jurídica brasileira um sistema principiológico-valorativo, permitindo ao operador maximizar sua atividade hermenêutica visando encontrar solução para os conflitos que atenda aos princípios e valores que consagrou, ignorando o paradigma liberal-individualista que gera “uma desfuncionalidade que paradoxalmente vem a ser a sua própria funcionalidade”, não tendo havido ainda no plano hermenêutico a devida filtragem.

Justa indenização

A justa indenização é possivelmente o critério mais polêmico para a aplicação do instituto da desapropriação judicial por posse-trabalho.

Dispõe o art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil de 2002:

Art. 1228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

(...)

§4º. O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nelas 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. (grifamos)

Várias controvérsias surgiram da leitura do §5º, do art. 1.228 do Código Civil. A princípio, verifica-se que o valor da justa indenização deverá ser pago pelos possuidores (réus na ação reivindicatória). Entretanto, se os possuidores forem pessoas de poucos recursos? Poderia nestes casos o Estado, ter que arcar com este ônus? Qual parâmetro se utilizará para

fixar a justa indenização? O preço de mercado do imóvel ou se adotará outro parâmetro? Se o valor não for pago, os possuidores ficarão sem o imóvel?

Maria Helena Diniz (2004, p. 199-200), levanta a impossibilidade de se estender para o Estado, o pagamento da justa indenização, no caso dos possuidores (réus na ação reivindicatória) serem pessoas carentes e de poucos recursos financeiros, vez que o Estado não pode ser condenado num processo em que não é parte, não tendo direito a contraditório e ampla defesa.

Tentando pacificar algumas destas polêmicas acerca da justa indenização, a que alude o §5º, do art. 1.228 do Código Civil, foram aprovados diversos Enunciados pelo Conselho Federal de Justiça, nas Jornadas de Direito Civil:

Enunciado nº84 da Primeira Jornada de Direito Civil – Art. 1.228: A defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (art. 1.228, §§ 4º e 5º, do novo Código Civil) deve ser argüida pelos réus da ação reivindicatória, **eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização.**

Referido Enunciado estabelece que são os possuidores (réus na ação reivindicatória) responsáveis pelo pagamento da indenização.

Enunciado nº240 da Terceira Jornada de Direito Civil– Art. 1.228: A justa indenização a que alude o parágrafo 5º do art. 1.228 não tem como critério valorativo, necessariamente, a avaliação técnica lastreada no mercado imobiliário, sendo devidos os juros compensatórios.

O Enunciado de nº 240, estabelece que não é necessariamente o preço de mercado do imóvel que deve servir para fixar a justa indenização, logo tem-se que a justa indenização deverá ser fixada pelo Juiz, levando-se em conta a situação econômica dos possuidores (réus na ação reivindicatória).

Enunciado nº308 da Quarta Jornada de Direito Civil – Art.1.228. A justa indenização devida ao proprietário em caso de desapropriação judicial (art. 1.228, § 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 Civil.

O Enunciado nº308 estabelece claramente a possibilidade da Administração Pública vir a ser responsável pelo pagamento da justa indenização, quando tiver sido chamada a intervir no processo e restando comprovado serem os possuidores de baixa renda.

Denota-se, assim, que a grande maioria dos requisitos exigidos para a aplicação do instituto da desapropriação judicial por posse-trabalho constituem-se de “regras abertas”, que dependerão do bom senso do magistrado ao aplicar a norma ao caso concreto.

Tal situação, aliada a ausência de norma regulamentadora do citado instituto, representa verdadeira dificuldade na aplicação do instituto da desapropriação judicial por posse-trabalho, senão como um verdadeiro impeditivo para sua aplicação, como veremos a seguir.

A Aplicabilidade do Instituto da Desapropriação Judicial por Posse- Trabalho perante os Tribunais Pátrios

Resta evidente que ao criar o instituto da desapropriação judicial por posse- trabalho, o legislador infraconstitucional teve a intenção de beneficiar aquelas pessoas que conferiram função social à propriedade, através da utilização do imóvel que antes estava abandonado.

O juiz, ao analisar o caso concreto em uma ação reivindicatória tem a faculdade de aplicar ou não o instituto em referência, levando-se em conta a particularidade de cada caso.

Entretanto, tal instituto não vem sendo aplicado pelo Poder Judiciário, seja por seus inúmeros conceitos abertos, seja por falta de preenchimento nos requisitos que ensejariam a desapropriação judicial por posse-trabalho, sendo extremamente escassa a jurisprudência dos Tribunais Pátrios acerca do referido instituto, em pesquisa realizada entre os anos de 2010 á 2011.

Em recente julgado do Tribunal de Justiça de Rondônia, os Desembargadores, por unanimidade, entenderam ser inaplicável o instituto da desapropriação judicial por posse-trabalho, em virtude de não estarem preenchidos os requisitos da boa-fé, e por referido instituto somente poder ser aplicado em ação dominial e não em ações possessórias, contrariando o enunciando 310 do Conselho Federal de Justiça:

EMENTA: Reintegração de posse. Preenchimento dos requisitos necessários. Ausência de contestação da posse e do esbulho por parte dos invasores. Desapropriação judicial. Impossibilidade. Comprovada a posse anterior, o esbulho praticado, bem como a data dessa ocorrência pelo autor, a reintegração da posse é medida que se impõe, mormente se não contestado o preenchimento de tais requisitos pelos invasores. A desapropriação judicial somente se pode dar em ação dominial, sendo imperioso o exercício da posse de boa-fé, por prazo ininterrupto de 5 anos, pelas pessoas que teriam realizado as obras e serviços de interesse social ou econômico relevante no imóvel.⁵

⁵ TJRO - Apelação Cível: AC 10200220040040056 RO 102.002.2004.004005-6. Relator(a): Desembargador Kiyochi Mori.Julgamento: 10/07/2007.Órgão Julgador: 2ª Vara Cível.

Evidente que a intenção do legislador ao criar o instituto da desapropriação judicial por posse-trabalho era privilegiar aqueles que sem o título de propriedade, e na posse de boa-fé, ocupam áreas, para moradia, trabalho e conferem função social à propriedade.

Entretanto, ao ser criado, o referido instituto trouxe uma série de conceitos abertos, que de certa forma prejudicam sua aplicação pelos magistrados. Enquanto não se conceituar/limitar alguns dos requisitos para a aplicação do instituto da desapropriação judicial por posse-trabalho, o mesmo pode ser considerado letra morta.

Considerações Finais

Ao final da pesquisa verificou-se que o instituto da desapropriação judicial por posse-trabalho consiste numa forma de desapropriação inédita trazida pelo Código Civil de 2002, que difere das demais formas de desapropriação, pois é feita pelo Juiz, e não pelo Poder Público, ao julgar o caso concreto.

Observa-se que o referido instituto representa o mais alto alcance do princípio da função social da propriedade, ou seja, o juiz, em prol da coletividade, verificando que na área reivindicada, um grande número de pessoas fixaram residência e desenvolveram atividades econômicas, dando uma finalidade social ao local, desapropriará o imóvel em favor destes e ordenará que se pague ao proprietário uma justa indenização.

Ao criar tal instituto jurídico, o legislador teve a intenção de beneficiar aquelas pessoas de baixa renda, que ocupam áreas na maioria das vezes abandonadas e utilizam esta área para moradia, trabalho, dando ao local uma destinação social.

Tal instituto jurídico, permite ao magistrado, ao analisar o caso concreto nas ações envolvendo o direito de propriedade, desapropriar o imóvel objeto da lide em favor dos possuidores, quando estes atenderem os requisitos exigidos pelo art. 1.228, § 4º e § 5º, do Código Civil de 2002, e desde que se pague ao proprietário a justa indenização.

Desta forma, o instituto pretende dar aplicabilidade a função social da propriedade, seguindo o princípio da socialidade que rege o Código Civil atual, superando a visão individualista e patrimonialista que não mais vigora em nosso ordenamento civil e constitucional.

Entretanto, apesar do instituto ser uma inovação e criação inédita do Direito Brasileiro e de ter sido declarado constitucional nas jornadas de Direito Civil, como exposto no decorrer deste artigo, o mesmo não vem sendo aplicado pelos Tribunais Pátrios, sendo escassa a jurisprudência acerca do instituto.

Acredita-se que o motivo principal para a falta de aplicação do instituto em comento, seja os inúmeros conceitos abertos utilizados para a criação do instituto, dentre eles: a) Imóvel reivindicado; b) Posse de Boa - fé; c) extensa área; d) considerável número de pessoas; e) houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante; f) Justa indenização.

Evidente que estes conceitos vagos, dificultam a aplicação do instituto, vez que ficará ao completo arbítrio do julgador estabelecer os critérios para a correta aplicação do instituto.

Por fim conclui-se que seja necessário, para a aplicabilidade e efetividade da aplicação do instituto da desapropriação judicial por posse trabalho, que a lei, a doutrina e a jurisprudência pátria, definam os conceitos indeterminados usados na criação do referido instituto, somente assim o mesmo passará a ter aplicabilidade prática, e não ficando a mercê do arbítrio do julgador, como vem ocorrendo.

Referências

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

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CASTRO, MÔNICA. **A desapropriação Judicial no Novo Código Civil**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. V.1. n.º.1.Setembro/Outubro de 2002.

CONSELHO FEDERAL DE JUSTIÇA. ENUNCIADOS: Disponível em: <http://www.jf.jus.br/cjf/cej-publ/jornadas-de-direito-civil-enunciados-approvados/?searchterm=enunciados>. Acesso em: 07.10.2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Saraiva,2004.

GIORDANI, José Acir Lessa. **Propriedade Imóvel: seu conceito, sua garantia e sua função social na Nova Ordem Constitucional**. Revista dos Tribunais, vol. 669, 1991.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva,2011.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual Elementar de Direito Civil: direitos reais e direitos intelectuais** vol.4.2º. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RIBEIRO. Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2006.

ROCHA, José de Albuquerque. **Novas reflexões sobre a função social da propriedade**. Genesis Revista de Direito Processual Civil, nº 18, Ano V, Curitiba, 2000.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Direito das Coisas*. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. 2. ed. **A Propriedade e a Posse: um confronto em torno da função social**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2008.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**. v. 4. Direito das Coisas. São Paulo: Método, 2008.

TRINUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA. Apelação Cível: AC 10200220040040056. Relator: Kiyochi Mori. Disponível em: <http://www.tj.ro.gov.br>. Acesso em: 23 de outubro de 2010.

SUNFELD, Carlos Ary. **Função Social da Propriedade**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.