

NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO TRAZIDO PELO ARTIGO 1.228, §§ 4º E 5º DO NOVO CÓDIGO CIVIL

Cicero Dantas Bisneto¹

Sumário: 1 – Introdução. 2 – Teoria da posse trabalho. 3 – Teoria do usucapião coletivo. 4 – Teoria da desapropriação. 4.1 – Desapropriação judicial. 4.2 – Desapropriação indireta. 4.3 – Desapropriação especial. 5 – Teoria da alienação judicial. 6 – Teoria da exceção substancial. 7 – Conclusão. Bibliografia

1. Introdução

O estudo da natureza jurídica é fase obrigatória e imprescindível na análise de um instituto. O direito, na acepção de disciplina autônoma e sistemática, depende, para fins de organização do pensamento, da estruturação de classificações. Desse modo, o conhecimento pode tornar-se produtivo e eficiente, servindo aos seus desideratos por meio da promoção dos meios adequados à sua concretização.²

Cada bloco de situações do fenômeno jurídico, semelhantes em sua estrutura, recebe uma denominação correlata, rotulando-se, destarte, a sua natureza jurídica. Esta, mero enunciado linguístico, pode guardar

1 Juiz de Direito do Estado da Bahia. Ex-Procurador do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Graduado pela Universidade Federal da Bahia - UFBA.

2 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 344.

uma noção complexa de intrincados elementos agregados configuradores do instituto.³

A natureza das figuras jurídicas pode ser fixada pelo direito positivo de forma prévia e antecipada, tratando a legislação de agrupá-las ou estabelecendo critérios para a sua organização. Ocorre que, em diversas oportunidades, a lei não reúne em um mesmo bloco certas realidades, restando ao estudioso o trabalho de realizar essa aglutinação. Deve, para tanto, tomar como referência dados do direito positivado, classificando institutos que apresentem caracteres e traços em comum.⁴

Não se deve esquecer, contudo, que a tarefa organizacional constitui processo convencional, havendo liberdade para que sejam aglutinados blocos de situações, sem que tal ato resulte, necessariamente, em um conceito errôneo.⁵

Celso Antônio Bandeira de Mello, de forma concisa e elucidativa, tece considerações acerca desse fenômeno:

Se a lei não demarca previamente o plexo de normas assim isoladas debaixo de um termo unitário, os doutrinadores o fazem; mas é evidente que, em tal caso, ao seccionarem, dentro da totalidade das situações normatizadas pelo direito positivo, por um dado conjunto, procedem segundo critérios próprios, por isso mesmo variáveis de autor para autor. Quer-se dizer: as combinações que podem adotar nesta operação de associar efeitos de direito são muito variadas, resultando daí diferentes noções [...] Sem embargo, os dissídios doutrinários ocorrentes travar-se-ão dentro de uma área limitada porque há alguns pontos de referência que circunscrevem de algum modo o campo aonde vão se ferir as controvérsias.⁶

O que deve prevalecer, pois, é a busca sedenta pelo conceito mais útil, mostrando-se inteiramente vã a procura pelo conceito tido como

3 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 344

4 *Ibidem*, p. 344-345

5 *Ibidem*, p. 347-348

6 *Ibidem*, p. 346.

verdadeiro. Qualquer formulação conceitual, pois, deve-se pautar por um critério de funcionalidade.

A tentativa de se alcançar um conceito universalmente aceito é notada sobretudo entre os juristas, correspondendo ao que se denominou de teoria essencialista. Desse modo, a linguagem humana seria capaz de designar com exatidão a realidade, alcançando a essência, o substrato dos fenômenos. De acordo com esse pensamento, apenas uma definição deveria cravar determinada situação.

Tércio Ferraz Sampaio, discorrendo sobre a linguagem no âmbito jurídico, explana as razões da busca por uma compreensão universal:

Os juristas sempre cuidam de compreender o direito como um fenômeno universal. Nesse sentido, são inúmeras as definições que postulam esse alcance. Não é o caso de reproduzir-se numa série, certamente inacabada, os textos que ensaiam esse objetivo. Não só juristas, mas também filósofos e cientistas sociais mostram preocupações semelhantes. Há algo de humano, mas sobretudo de cultural nessa busca. A possibilidade de se fornecer a essência do fenômeno confere segurança ao estudo e à ação. Uma complexidade não reduzida a aspectos uniformes e nucleares gera angústia, parece subtrair-nos o domínio sobre o objeto. Quem não sabe por onde começar sente-se impotente e, ou não começa, ou começa sem convicção.⁷

O presente trabalho, portanto, não tem a ilusória pretensão de encerrar os debates ou trazer à baila um enquadramento que se considere universalmente aceito, mas tem por escopo buscar a maior efetividade ao novo instituto positivado nos parágrafos 4º e 5º do Novo Código Civil. Dessarte, o parâmetro utilizado aqui será o da máxima eficácia social atribuída à novel figura jurídica.

Impende-se registrar que pululam, no meio acadêmico, diversas teorias explicativas da natureza jurídica da nova forma de aquisição da propriedade. Os autores se digladiam na busca do melhor conceito, não havendo consenso em nenhum dos aspectos relacionados a essa nova

7 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 34.

figura. A polêmica e a incerteza constituem a tônica da análise dos parágrafos alhures referidos.

Passemos a analisar, então, as correntes mais defendidas pela doutrina nacional.

2. Teoria da posse trabalho

Duas teorias marcaram, definitivamente, o estudo sobre a posse, tendo grande repercussão na edição dos códigos modernos. Savigny e Ihering, analisando meticulosamente os escritos romanos, chegaram a conclusões diversas em relação ao fenômeno possessório. Faz-se imperioso o relato, ainda que em apertada síntese, vez que escapa ao objeto em estudo, das duas correntes propostas.

Savigny, contando com apenas 24 anos de idade, estabeleceu suas premissas no Tratado da Posse, datado de 1803. Seu pensamento repercutiu em todo o mundo, sentindo-se a sua forte influência mesmo nos dias hodiernos, quando já consagrada a doutrina oposta. Para o autor a posse seria constituída por dois elementos essenciais: o *corpus* e o *animus*.⁸

O primeiro, fator de ordem material, traduzia-se no poder físico sobre a coisa, pressupondo a apreensão. Necessária, portanto, a relação exterior entre a pessoa e a *res*. Este elemento apartado, contudo, mostrava-se insuficiente para a configuração da posse. O *corpus* sem o *animus* ensejaria mera detenção, fenômeno esse denominado de *naturalis possessio*, incapaz de produzir efeitos jurídicos. O elemento anímico, então, consistiria na vontade de ter a coisa como sua, desprezando qualquer poder jurídico de terceiros. Agrupados os dois fatores, estaria-se diante da chamada posse civil.⁹

A doutrina subjetiva defendida por Savigny foi cedendo espaço, paulatinamente, à teoria objetiva esposada por Von Ihering. O mesmo utilizou o critério da utilização econômica da coisa para conceituar a posse como exteriorização da propriedade. A mera apreensão material

8 GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 31-32.

9 *Ibidem*, p. 32-33.

da *res* conjugada com o elemento volitivo apresentou-se, segundo o autor, insuficiente para abarcar todas as relações possessórias, incidindo somente sobre aquelas em que os bens devem ser guardados. O *animus domini* estaria inserido no conceito de *corpus*, já que o possuidor estaria agindo como se fosse o proprietário da coisa, levando-se em conta sempre a destinação econômica do objeto.¹⁰

Necessária se faz, para melhor compreensão do tema, a transcrição *ipsis litteris* do exemplo expandido pelo próprio Ihering:

Suponhamos dois objetos que se achem reunidos no mesmo lugar, uns pássaros seguros por um laço num bosque, ou num solar em construção, os materiais, e ao lado uma cigarreira com cigarros; o mais ignorante dos homens sabe que será culpado de um furto se tirar os pássaros ou alguns materiais, mas nada tem a temer se tirar os cigarros; qual a razão desse modo diferente de proceder? Com relação à cigarreira, cada qual dirá: perdeu-se; deu-se isso contra a vontade do proprietário, e torna-se a pô-lo em relação com a coisa, dizendo-se-lhe que foi encontrada; com relação aos pássaros e aos materiais, sabe-se que a posição em que se acham tem sua causa em uma disposição tomada pelo proprietário; estas coisas não poderão ser encontradas, porque não estão perdidas: seriam roubadas.¹¹

O Código Civil de 2002 adotou, em suas linhas gerais, a teoria de Ihering, sofrendo, entretanto, influência das lucubrações emanadas por Savigny. De todo o exposto, constata-se que a posse deve ser conceituada, então, como o exercício, em consonância com a sua função econômica, de algum dos poderes inerentes à propriedade (art. 1.196).

Parte da doutrina, em razão do que dispõe o parágrafo único do art. 1.242 do atual Diploma Civil, passou, diante de certas circunstâncias, a qualificar a posse, acrescentando-lhe o signo trabalho. Surge, assim, a denominada posse *pro labore* ou posse trabalho. Ao puro e simples exercício de algum dos poderes inerentes à propriedades deveria agregar-se a reali-

10 GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 36.

11 *Ibidem*, p. 36.

zação de investimentos de interesse social e econômico, fundido-se os elementos num só instituto autônomo e conceitualmente bem delimitado.¹²

Rodolfo Pamplona Filho, em concurso com Camilo de Lelis Colani Barbosa, erige a posse trabalho ao patamar de teoria explicativa da natureza jurídica do novo instituto, baseando-se nos estudos realizados pela eminente Professora Maria Helena Diniz. Nessa esteira, criticam o posicionamento da autora, aduzindo que a referida expressão não condensa toda a estrutura de requisitos imaginada pelo legislador.¹³

Não podemos, entretanto, concordar que esse foi o posicionamento adotado pela ilustre escritora, visto afirmar a mesma, de forma categórica, que o desiderato do novel Código Civil foi a de configurar “uma desapropriação judicial pela posse qualificada; pois ante a colisão do direito de propriedade com o princípio da função social da propriedade, privilegiou o segundo”.¹⁴

Pretendeu-se, em verdade, por meio da nomenclatura posse trabalho, apenas qualificar um dos elementos integrantes do novo instituto, sendo desnecessário afirmar, em virtude da transcrição acima realizada, que a autora não teve por finalidade precípua abordar todos os caracteres da figura jurídica por meio da referida expressão. Nesse diapasão, concebe a sua natureza jurídica como sendo a de desapropriação judicial.

É cediço que impossível se torna condensar nessas duas expressões todo o arcabouço de elementos positivados pelo legislador. O pagamento de indenização, condição de validade para a aquisição da propriedade, restaria excluído do conceito, revelando, assim, a inutilidade do mesmo para tratar da original figura jurídica.

12 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 198.

13 PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. *Compreendendo os Novos Limites à Propriedade: Uma Análise do art. 1.228 do Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6725>>. Acesso em: 03/10/2006.

14 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 198.

3 Teoria do usucapião coletivo

Alguns autores, capitaneados por Carlos Alberto Dabus Maluf, sustentam que o novo instituto nada mais é do que uma forma diferenciada e original de usucapião, cujos requisitos estão elencados nos parágrafos 4º e 5º do art. 1.228 da Lei Civil.

O autor, criticando severamente o dispositivo legal, assevera que:

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 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 [...] tal forma de usucapião aniquila o direito de propriedade previsto na Lei Maior, configurando-se um verdadeiro confisco, pois, como já dissemos, incentiva a invasão de terras urbanas, subtrai a propriedade de seu titular.¹⁵

Para combatermos a tese exposta, que nos parece equivocada, tentaremos indicar os traços característicos e os elementos essenciais desta figura, diferenciando-o da insculpida pelo art. 1.228 do CC/02.

À primeira vista, o mencionado dispositivo parece trazer uma nova espécie de usucapião. Isso porque as condições impostas pela lei ao novo instituto e à *usucapio* em muito se assemelham, induzindo o intérprete a uma visão errônea e superficial. Assim é que considerável número de pessoas, possuindo de forma ininterrupta e de boa-fé, havendo realizado obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante, pode adquirir imóvel consistente em extensa área.

Ocorre que o seu parágrafo 5º alude a uma justa indenização devida ao proprietário em razão da perda da propriedade. O usucapião, contudo, é forma gratuita de aquisição de propriedade, fulminando por incompatível esta teoria.¹⁶

15 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. 37. ed. revista e atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 86.

16 PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. *Compreendendo os Novos Limites à Propriedade: Uma Análise do art. 1.228 do Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6725>>. Acesso em: 03/10/2006.

Poder-se-ia argumentar que o legislador possui liberdade suficiente para estabelecer os critérios e condições para a sua utilização, não restando descaracterizado, por este motivo, o instituto. Assim como o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) inovou ao regradar o usucapião especial coletivo, nada obstará que o novel *Codex* incorporasse novos requisitos como o pagamento de justa indenização.

O adimplemento de valor pecuniário, contudo, não se compatibiliza com a figura do usucapião. De acordo com os ensinamentos do mestre Orlando Gomes, o instituto sob análise “favorece o possuidor contra o proprietário, sacrificando a este com a perda de um direito que não está obrigado a exercer”.¹⁷

No mesmo sentido, Benedito Silvério Ribeiro anota que:

Mas considerados os direitos do cidadão, em especial no âmbito da propriedade, desde que presentes os requisitos daquele que está na posse mansa, pacífica e incontestada pelo legítimo proprietário, titular do domínio, a sua negligência acarreta um sacrifício do particular, em favor do bem comum, isto é, ao possuidor que trabalha a terra ou a ela se ligue, produz riqueza e é útil na sociedade.¹⁸

Os trechos acima transcritos aludem a um sacrifício do proprietário negligente em face do possuidor que utiliza o imóvel em consonância com a sua função social. Ora, não há se falar em penalização ou sacrifício por parte do proprietário quando o mesmo terá direito a justa indenização, valendo a sentença como título para o registro de imóveis apenas depois de pago o preço. Assim, um dos fundamentos do usucapião, o da preterição e da perda do proprietário inerte e moroso não se coaduna com o instituto trazido pelo art. 1.228.

Não é por outro motivo que, analisando-o em um contexto histórico, não se entrevê qualquer menção à exigência de adimplemento de pecúnia.¹⁹

17 GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 187.

18 RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. I, p. 165.

19 A análise histórica aprofundada da figura da usucapião foge ao corte epistemológico do presente artigo. É certo, porém, que o pagamento de justo preço nunca constituiu, desde

O pagamento de justo preço não é, e nunca foi, elemento configurador da figura do usucapião, vez que se trata de forma gratuita de aquisição de propriedade, não ensejando qualquer ônus ao adquirente.²⁰

Eduardo Cambi, entretanto, em dissonância com o quanto aqui defendido, vislumbrou semelhanças entre as formas de usucapião trazidas pela Constituição Federal de 1988, pelo Estatuto da Cidade, pelo Código Civil de 2002 e a originária forma de perda da propriedade do art. 1.228. Aduzindo tratar-se de usucapião coletivo, teceu as seguintes considerações:

[...] instituto jurídico novo e autônomo, cuja diferença essencial, em relação aos imóveis urbanos, está no tamanho, por extrapolar os 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), previstos no art. 183 da CF, para a usucapião especial. Além disso, o novo Código Civil vai além da Lei nº 10.257/2001, pois estende o instituto aos imóveis rurais, não contemplados no Estatuto da Cidade.²¹

Ao argumento da não onerosidade do usucapião deve se agregar outro de cunho sistemático. É cediço que, em uma codificação, os dispositivos se estruturam de modo a formar um todo organizado, facilitando, deste modo, a interpretação e aplicação das normas.

Não é por outro motivo que as diversas formas de aquisição da propriedade imóvel encontram-se encartadas no capítulo II do livro III do Código Civil de 2002. As distintas espécies de usucapião foram disciplinadas na Seção I do referido capítulo, havendo, até mesmo, regras de cunho geral, cujos tentáculos se estendem a todas as formas de usucapião trazidas na seção. Assim é que, exemplificativamente, o art. 1.243 preceitua que o “possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a dos seus antecessores [...]”.

tempos remotos, pressuposto necessário para a configuração do instituto. Também assim no direito alienígena. Para um estudo aprofundado do tema conferir o minucioso trabalho de RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. I, p. 165.

20 PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. *Compreendendo os Novos Limites à Propriedade: Uma Análise do art. 1.228 do Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6725>>. Acesso em: 03/10/2006.

21 CAMBI, Eduardo. Aspectos Inovadores da Propriedade no Novo Código Civil, *in: Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: PADMA, 2000. p. 38.

Ora, fosse a intenção do legislador criar uma nova forma de usucapir, teria adicionado novo artigo à Seção I do capítulo concernente à aquisição da propriedade imóvel, integrando-o às normas gerais que cuidam da matéria. Ao revés, optou por regular a novel figura jurídica nas disposições preliminares referentes à propriedade, demonstrando tratar-se de instituto ímpar, diverso do usucapião.

Distintos os seus fundamentos e modos de operacionalização, insustentável se torna defender a identidade entre os dois institutos, marcados por características e traços bastante discrepantes.

4. Teoria da desapropriação

Dentre as incontáveis teorias que surgiram no meio jurídico tencionando explicar a natureza jurídica da novel figura, destaca-se, sem sombra de dúvida, a da desapropriação. Renomados autores do quilate de Maria Helena Diniz e Nelson Nery Júnior abraçaram abertamente essa posição.

Ocorre que, entre os que esposam essa tese, há aqueles que propugnam pela utilização da expressão desapropriação judicial. Outros, por seu turno, aduzem tratar-se de desapropriação indireta. Como não poderia deixar de ser, há os que defendam, ainda, a configuração de um *tertium genus* de perda da propriedade, qual seja, o da desapropriação especial.

Percebe-se, portanto, que caminhamos em terreno pantanoso e de difícil acesso. A doutrina, divagando sobre o assunto, perde-se em lucubrações vagas, distanciando-se do foco principal que é a atribuição da maior efetividade ao instituto.

Antes de ingressarmos na análise de cada teoria individualmente considerada, obrigatório se faz traçar, de forma sucinta, os contornos da figura jurídica.

A desapropriação constitui forma originária de aquisição da propriedade, não estando a sua causa vinculada a qualquer título jurídico anterior. Tem, destarte, força autônoma e suficiente para gerar o título constitutivo da propriedade. Bastante, portanto, a manifestação de vontade do Poder Público e o respectivo pagamento de justa indenização para que o bem seja expropriado.²²

22 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 764.

Em regra, as desapropriações são realizadas em proveito das pessoas jurídicas de Direito Público ou de pessoas de Direito Privado delegatárias ou concessionárias de serviço público. Nada impede, contudo, que sejam, em caráter excepcional, postas em prática em favor de entidades privadas, desde que desempenhem atividades consideradas de interesse público. O que se veda é a desapropriação em benefício de interesses eminentemente privatísticos.²³

Segundo a cátedra do grande constitucionalista José Afonso da Silva, o instituto pode ser entendido como:

[...] limitação que afeta o caráter perpétuo da propriedade, porque é meio pelo qual o Poder Público determina a transferência compulsória da propriedade particular, especialmente para o seu patrimônio ou de seus delegados, o que só pode verificar-se por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição (art. 5º, XXIV), que são as desapropriações-sanção por não estar a propriedade urbana ou rural cumprindo a sua função social, quando, então, a indenização se fará mediante título da dívida pública ou da dívida agrária (arts. 182 e 184).²⁴

Há que se falar, pois, em duas espécies de desapropriação no ordenamento jurídico pátrio. A primeira, prevista no art. 5º, XXIV, da Constituição Federal, prevê o pagamento de prévia e justa indenização em dinheiro nos casos de necessidade ou utilidade pública, ou interesse social. A segunda hipótese vem regulada pelos arts. 182 e 184 da *Lex Legum*, sendo o pagamento efetuado por meio da emissão de títulos da dívida pública resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas.²⁵

Aqueles que defendem a natureza jurídica expropriante encontram guarida normativa no inciso XXIV do art. 5º da Lei Maior. O atual *Codex* estaria disciplinando, assim, mais uma hipótese de desapropriação.

23 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 770.

24 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 280.

25 *Ibidem*.

priação por interesse social. A matéria é regulada pela Lei nº 4.132, de 10/09/1962, que dispõe:

Art. 2º Considera-se de interesse social: I - o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico;

Enquanto procedimento, o ato de desapropriação se desenrola em duas fases. Na declaratória, o Poder Público manifesta a intenção de adquirir compulsoriamente um bem determinado e o submete ao jugo de sua força expropriatória. O estágio executório, por sua vez, consiste na prática de atos tendentes a concretizar a anterior declaração de vontade.²⁶

4.1 Desapropriação judicial

Pode-se afirmar tranquilamente que a tese da desapropriação judicial é a que conta com maior número de adeptos na doutrina brasileira. Pode-se citar, dentre outros, Mônica Aguiar, Maria Helena Diniz e Glauco Gumerato Ramos. A denominação encontra respaldo ainda nos ensinamentos de Miguel Reale²⁷, supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil, o qual afirmou tratar-se de “uma nova via de desapropriação, instituto que não deve ser entendido como prerrogativa exclusiva dos poderes Executivo ou Legislativo”.

Em que pese a eminência dos autores que defendem a referida tese, a expressão desapropriação judicial não pode vingar.

É cediço na doutrina e na jurisprudência pátria que os poderes competentes para manifestar a declaração de utilidade pública são o Executivo e o Legislativo, este atuando em função meramente administrativa.²⁸ Assim é que o art. 2º do Decreto-lei nº 3.365/41 dispõe: “Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados, pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios”.

26 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 770.

27 *Apud* AGUIAR, Mônica. *A Desapropriação Judicial no Novo Código Civil*. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 20.out.2006.

28 MELLO, *op. cit.*, p. 767-768.

Na mesma esteira, o seu art. 8º proclama: “O Poder Legislativo poderá tomar a iniciativa da desapropriação, cumprindo, neste caso, ao Executivo, praticar os atos necessários à sua efetivação”.

Por melhor que tenha sido a intenção do legislador ao tentar disciplinar uma nova forma de desapropriação, a sua aplicação nestes termos não encontra agasalho no ordenamento jurídico vigente²⁹, vez que a Carta Magna atribuiu à lei a função de estabelecer o procedimento da desapropriação por interesse social (art. 5º, XXIV), encontrando-se regulada atualmente pelo Decreto-lei 3.365/41 e a Lei 4.132/62.

Não bastasse isso, aceitando-se a teoria da desapropriação judicial, incontáveis problemas de ordem prático processual seriam descortinados, não havendo qualquer dispositivo legal para tratar da matéria.

Assim, indaga-se, por exemplo, qual dos entes estatais deveria arcar com o pagamento da indenização? Mônica Aguiar³⁰, em excelente artigo, afirma que, em se tratando de imóveis rurais, a entidade competente seria a União. Caso o imóvel estivesse sitiado em zona urbana, sobre o Município recairia o ônus.

Com a devida vênia, esse posicionamento poderia acarretar inúmeras dificuldades de cunho orçamentário e financeiro aos entes estatais, deixando indefinidas diversas situações por impossibilidade de pagamento pelo já cambaleante Estado Brasileiro. Pertinente, neste ponto, a crítica realizada pelo professor Pablo Stolze:

Atribuir-se a obrigação indenizatória a uma das entidades federativas, sem previsão legal a respeito, afigura-se, em nosso sentir, inviável, mormente em se tratando dos Municípios brasileiros, que já se encontram em situação econômica desesperadora, não havendo, ademais, previsão constitucional específica em face desse novo instituto.³¹

29 GAGLIANO, Pablo Stolze. *Controvérsias constitucionais acerca do usucapião coletivo*. Disponível em: <<http://jonline.visaonet.com.br>>. Acesso em: 06.ago.2006.

30 *A Desapropriação Judicial no Novo Código Civil*. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 20.out.2006.

31 *Controvérsias constitucionais acerca do usucapião coletivo*. Disponível em: <<http://jonline.visaonet.com.br>>. Acesso em: 06.ago.2006.

Glauco Gumerato Ramos, em estudo intitulado *Contributo à dinâmica da chamada desapropriação judicial: diálogo entre constituição, direito e processo*³², propõe a instituição, por meio da criação de lei específica, de procedimento especial para a melhor operacionalização e aplicação da nova figura jurídica. Parece entender, deste modo, ser inexequível a utilização do instituto sem prévia regulamentação legal, vez que a sua aplicação poderia ensejar o desrespeito a princípios constitucionais processuais.

Concordamos em parte. É digna de encômios a percepção de que a responsabilidade dos entes estatais solidariamente com os possuidores pelo pagamento da indenização só seria possível com previsão expressa de lei. De outro lado, porém, esperar a boa vontade do legislador no sentido de regulamentar a matéria não nos afigura ser a melhor solução. É função do estudioso, interpretando a norma em consonância com a Constituição Federal, retirar a máxima eficácia do texto de lei, concretizando, assim, os desígnios superiores do Poder Constituinte originário.

Diante dos argumentos postos, constata-se a total inviabilidade da utilização do instituto nos moldes preconizados por grande parte da doutrina pátria.

4.2 Desapropriação indireta

A desapropriação indireta consiste no apossamento ilegal e abusivo de um imóvel por parte do Poder Estatal, integrando-o ao patrimônio público, sem a verificação dos ritos e formalidades legais do procedimento expropriatório, cabendo ao lesado recorrer às vias judiciais para ser integralmente indenizado.³³

Baseados neste conceito, alguns doutrinadores têm vislumbrado a possibilidade de o antigo proprietário ingressar em juízo com uma pretensão indenizatória com o desiderato de ser ressarcido pelos danos que haja sofrido em virtude da ação arbitrária do ente estatal. É a posição,

32 RAMOS, Glauco Gumerato. *Contributo à Dinâmica da Chamada Desapropriação Judicial: Diálogo entre Constituição, Direito e Processo*. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 387-388.

33 MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 782.

por exemplo, de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery³⁴, para quem o desapossamento pela posse trabalho, nas circunstâncias do CC, art. 1.228, §4º, deve propiciar o pagamento de justa indenização.

Embora defensável, a tese nos parece pouco factível. Em um primeiro plano, cabe-nos tecer a mesma crítica exarada quando do estudo da teoria da desapropriação judicial. Não há sequer previsão legal que atribua aos entes estatais, em especial aos Municípios e à União, a obrigação pelo adimplemento de justo preço em razão de um hipotético ato expropriatório. Tal entendimento poderia trazer ainda consequências nefastas como a desorganização financeira das referidas entidades, vez que se tornariam responsáveis pelo pagamento de elevados valores, que dificilmente estariam abrangidos pelos deficitários orçamentos estatais.

Há de se lembrar ainda que a doutrina e jurisprudência pátrias têm recriminado de forma veemente a ocupação irregular de terrenos particulares pelo Poder Público, de modo que não parece razoável tenha o legislador infraconstitucional autorizado tal forma de proceder.

Comentando o instituto, Hely Lopes Meirelles tece ácida crítica:

A desapropriação indireta não passa de esbulho da propriedade particular e como tal não encontra apoio em lei. É situação de fato que vai se generalizando em nossos dias, mas que a ela pode opor-se o proprietário até mesmo com interditos possessórios. Consumado o apossamento dos bens e integrados no domínio público, tornam-se, daí por diante, insuscetíveis de reintegração ou reivindicação, restando ao particular espoliado haver indenização correspondente, da maneira mais completa possível [...].³⁵

34 O autor, em verdade, espousa a tese de que se trata de desapropriação judicial, realizada pelo juiz, em ação reivindicatória, na qual, ao acolher a defesa dos réus que exercem posse-trabalho, fixa na sentença a justa indenização que deve ser paga por eles, réus, ao proprietário. Ocorre que sustenta ainda que nada “impede que o proprietário ingresse com ação judicial pretendendo indenização em virtude de haver sido desapossado do imóvel por meio da posse-trabalho, nas circunstâncias do CC, art. 1228, § 4º. Nesse caso, sua pretensão (desapropriação judicial indireta), fundada no direito de propriedade (reivindicatória que se resolve em perdas e danos)” (*Código Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 592-593).

35 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 498.

A Lei Complementar nº 101, datada de 04 de maio de 2000, estabelecendo normas sobre as finanças públicas, preceitua, em seu art. 46, que é "nulo de pleno direito ato de desapropriação de imóvel urbano expedido sem o atendimento do disposto no § 3º do art. 182 da Constituição, ou prévio depósito judicial do valor da indenização".

Ora, vedada está, portanto, a desapropriação irregular e à margem da lei pelo Poder Público, que deve respeitar o requisito da anterioridade da indenização, sob pena de flagrante violação ao texto constitucional. A figura da desapropriação indireta traz como corolário lógico o perdimento do bem por parte do proprietário, sem que este aufera, previamente, o justo valor a que tem direito.

Vê-se, assim, que a referida teoria não possui sustentação constitucional e legal, pelo que deve ser prontamente rechaçada.

4.3 Desapropriação especial

Rodolfo Pamplona Filho e Camilo Colani³⁶ propugnam pela utilização da expressão desapropriação especial em face das inúmeras peculiaridades do novo instituto. Aduzem, em apertada síntese, que o termo desapropriação judicial não é adequado, já que ao Poder Judiciário não cabe a iniciativa da ação, tampouco o pagamento da justa indenização. Acabam por adotar, deste modo, uma espécie de teoria eclética.

Parece-nos, contudo, que a discussão cinge-se ao aspecto meramente terminológico, não havendo, na proposta dos insignes juristas, alteração substancial em relação àquelas já discutidas no presente trabalho. Assim é que o Município, em se tratando de imóvel localizado no perímetro urbano, arcaria com o ônus do adimplemento da obrigação. A União, por sua vez, em virtude do que dispõem os arts. 184 e 186 da Constituição Federal, deveria responsabilizar-se pelo pagamento quando se tratasse de imóvel rural.³⁷

36 PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. *Compreendendo os Novos Limites à Propriedade: Uma Análise do art. 1.228 do Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6725>>. Acesso em: 03/10/2006.

37 PAMPLONA FILHO; BARBOSA, *op. cit.*

Nesse caso, como a ação reivindicatória se processa ordinariamente na Justiça Estadual, os autos seriam remetidos para a Justiça Federal para a devida execução. Invocam, para tanto, o disposto no art. 486 da Consolidação das Leis do Trabalho.³⁸

As críticas alhures exaradas, quando do exame das teorias da desapropriação judicial e indireta, aplicam-se perfeitamente à tese ora analisada. A falta de previsão legal e a carência de recursos e planejamento orçamentário impedem que os entes estatais sejam responsabilizados pelo pagamento da justa indenização.

A verdade é que a aplicação analógica do art. 486 da CLT pouco ou nada resolve. Carrega, destarte, os mesmos vícios e erros apresentados pelas teorias anteriores, deixando de lado a discussão central relativa à competência para adimplir a obrigação trazida pelo §5º do art. 1.228. Mostra-se, portanto, insuficiente para aclarar os diversos problemas concernentes à aplicação do instituto.

5. Teoria da alienação judicial

Donaldo Armelin defende tratar-se da figura da alienação judicial, regulada pelos arts. 1.113 a 1.119 do Código de Processo Civil. Segundo o autor, o novo instituto

[...] não pode ser considerado uma forma especial de usucapião porque prevê, como condição para a transferência do domínio, o pagamento do preço judicial fixado; não corresponde a uma desapropriação, pois nele não intervém o Estado efetuando o pagamento da justa indenização fixada pelo juiz; não pode ser considerada uma compra e venda, vez que inexistente acordo de vontades. Em verdade, assume ele a figura de alienação judicial, decorrente da atuação do império estatal balizado por princípios constitucionais que respaldam a propriedade privada.³⁹

38 PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. *Compreendendo os Novos Limites à Propriedade: Uma Análise do art. 1.228 do Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6725>>. Acesso em: 03/10/2006.

39 *Apud* DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v.4, p. 201-202.

Conquanto não se possa negar que haverá uma alienação judicial forçada do imóvel objeto da reivindicação, tal constatação não é suficiente para indicar a natureza jurídica do instituto. A venda compulsória do imóvel constitui mero *iter* procedimental, não podendo servir como paradigma para o estudo da figura jurídica.

A alienação forçada constitui apenas a consequência lógica do exercício do direito por parte dos possuidores. Tomando a consequência pela causa, o autor relega a segundo plano a questão fulcral para a definição da natureza jurídica do instituto, qual seja, a da análise dos elementos essenciais para a configuração da novel figura jurídica.

A venda compulsória do imóvel se traduz em simples modo de concretização do direito exercido pelos confinantes do terreno. É por meio dela que a coisa efetivamente passará às mãos dos ocupantes reivindicados. A natureza do instituto, contudo, permanece obscura, uma vez que o autor se preocupou muito mais com as possíveis consequências jurídicas extraíveis de sua aplicação do que com as características que o tornam peculiar.

Assim, por exemplo, a alienação judicial em leilão prevista no art. 1.070, § 1º, do Código de Processo Civil, não altera a natureza jurídica da compra e venda com reserva de domínio. Ao revés, constitui apenas meio de que se valem as partes para viabilizar e dar concreção ao instituto. Não passa, em verdade, de modo operativo que possibilita a sub-rogação da penhora no valor alcançado, assegurando ao vendedor o pagamento da dívida remanescente.

O mesmo raciocínio se aplica ao pagamento do passivo do inventário regulado no art. 1.071 do CPC. O dispositivo prevê, no seu § 3º, que, separados os bens suficientes ao adimplemento, o juiz mandará aliená-los em praça ou leilão. Ora, não se pode olvidar que a venda aqui realizada constitui mera fase do procedimento, não se confundindo de modo algum com o próprio instituto.

6. Teoria da exceção substancial

O professor Fredie Didier Júnior⁴⁰, embora reconheça não ser essa a posição dominante na doutrina, defende tratar-se de uma hipótese de exceção substancial.

40 DIDIER JR., Fredie. *Direito Processual Civil*. 18. ed. Salvador: JusPODIVM, 2004, v.1, p. 639.

Em que pese o brilhantismo e originalidade da teoria, o entendimento esposado pelo mestre baiano não pode vingar. Senão vejamos.

Exceção é termo plurissignificativo na ciência jurídica, podendo ser estudado nos sentidos pré-processual, processual e material ou substancial. Na primeira acepção, pode ser entendida como o direito abstrato de defesa. Em sentido processual, nada mais é do que o meio pelo qual o demandado se defende em juízo, ou seja, o exercício real do direito de defesa. Pode se restringir ainda mais o seu alcance para dizer que exceção seria uma espécie de matéria que não pode ser conhecida e examinada *ex officio* pelo juiz.⁴¹

No sentido substancial, exceção é contradireito, uma pretensão que se exerce em contraposição à eficácia de outro direito ou de outra pretensão, neutralizando-os.⁴² É a lei material que irá indicar os casos em que uma pretensão é apta a impedir ou retardar a eficácia de outra pretensão.⁴³ Também denominada defesa de mérito, a exceção substancial não visa, de modo algum, declarar a inexistência, invalidade ou a ineficácia da pretensão. Tem por escopo apenas encobrir-lhe a eficácia, tornando-a praticamente ineficaz, vez que não pode subsistir em face de outra pretensão que barra a ocorrência dos seus efeitos.⁴⁴

Não se deve confundir, portanto, a alegação de exceção material com as de nulidade, anulabilidade, rescisão, resolução ou resilição. Como bem anota o excepcional Pontes de Miranda, essas defeituosidades:

[...] não são exceções; são espécies de não validade e espécies de corribilidade vertical (*rescindere*) ou resolução (resolução, resilição), ou simplesmente de extinção. Exceção é outra coisa. A exceção não ataca o ato jurídico, nem o direito em si mesmo. Exatamente, o fim da exceção é fazer-se atender, ainda mesmo a despeito da existência, validade, ou irrescindibilidade, ou irresolubilidade, ou irresilibilidade do ato ju-

41 DIDIER JR., Fredie. *Direito Processual Civil*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2004, v.1, p. 355.

42 MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, t.VI, 1955, p. 04.

43 DIDIER JR., Fredie. *op. cit.*, p. 356.

44 MIRANDA, *op. cit.*, p. 03.

rídico. Se, também, há nulidade, anulabilidade, ou rescindibilidade, ou resolubilidade, ou resilibilidade, é outra questão.⁴⁵

Do mesmo modo, exceção e ineficácia não se misturam, possuindo conceitos nitidamente distintos. A exceção substancial não nega a eficácia do direito; ao revés, apenas encobre os seus efeitos, impedindo-os de atuar temporal ou definitivamente. Não há, portanto, a negação do direito ou da pretensão a que exceção se opõe. Sequer a sua eficácia é contestada. A *exceptio* funciona, em verdade, como uma barreira a impedir a irradiação dos efeitos de direito ou pretensão.⁴⁶

Não há que se baralhar, ainda, a oposição de exceção substancial com a alegação de existência de direito real ou relação jurídica pessoal, como a de locação, em face de titular do domínio. Pontes de Miranda⁴⁷, em seu excepcional Tratado de Direito Privado, lembra que muitos juristas chegaram a cognominar tais alegações de “exceções não substantivas”, com receio de admitir a existência de direitos reais ou pessoais que pudessem excluir a pretensão do proprietário ou de outro titular do direito real.

A exceção exercida, por exemplo, pelo usufrutuário e pelo usuário visa não somente encobrir a eficácia do direito de propriedade, mas negá-lo, elidi-lo. O ilustre professor alagoano destrincha com maestria a distinção entre os dois institutos:

Em verdade, porém, o proprietário não pode reivindicar contra tais titulares de direito real: os direitos reais são direitos com sujeitos passivos totais e excluem, no que é conteúdo seu, a pretensão do proprietário; não se excepciona. Assim, a alegação do réu de que é usufrutuário, credor pignoratício ou anticrético, ou usuário, é defesa: ou o autor o admite, ou não a admite; o juiz tem de julgar improcedente a ação de reivindicação contra o titular de direito real, que não pretendia negar o direito do proprietário, nem alienou o bem do usufruto. Não é a posse que ele invoca, é o direito real. A eficácia desse não encobre a do direito

45 MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, t.VI, 1955, p. 03.

46 *Ibidem*, p. 04.

47 *Ibidem*, p. 09-10.

de propriedade; elide-a, nega-a, exclui-a, no que se lhe tirara. Não basta, para que haja exceção, que não se negue: é preciso que se encubra a eficácia de outro direito, mas cabe que se negue se só se trata de negar exceção, porque excetuar é exercer direito. Quem nega vai além da exceção, inclusive nega existir a exceção ou ter sido exercida.⁴⁸

O novo instituto trazido pelo art. 1.228 do Código Civil deve ser examinado, nesse particular, à luz dos argumentos acima expendidos.

Dispõe o § 4º do supracitado artigo que, pago o preço referente à justa indenização devida ao proprietário, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

O registro, de acordo com o sistema de transcrição adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, tem o condão de operar a transferência da propriedade. É por meio dele que se adquire o domínio sobre a coisa. Neste sentido, Orlando Gomes:

O objetivo foi alcançado com a instituição de um registro público no qual devem ser assentadas obrigatoriamente, para que valham, todas as transmissões da propriedade dos bens imóveis, permitindo a quem quer que seja saber a quem pertencem. Nele, faz-se o registro de todo título translativo da propriedade de qualquer imóvel a fim de que a transferência se opere [...].⁴⁹

Ora, adquirindo os possuidores a propriedade do imóvel litigioso, não há se falar na existência de mero provimento declaratório que encobre a eficácia do direito de propriedade do reivindicante. O registro do título não só barra os efeitos oriundos do direito de sequela como transmite o domínio aos ocupantes do terreno, elidindo a pretensão reivindicatória do autor. O direito de propriedade, portanto, deixa de existir para o reivindicante.

Caso se tratasse de exceção substancial, a sua oposição traria como único efeito a ineficácia da pretensão do demandante de reaver a coisa, vez que apenas os efeitos da pretensão reivindicatória restariam encober-

48 MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, t.VI, 1955, p. 18-19.

49 GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 8. ed. Rio de Janeiro. Forense, 1983, p.125.

tos. Ocorre que, com o registro do imóvel, há a transferência do direito, possibilitando aos possuidores dispor juridicamente do bem. Assim é que, acaso desejem, podem até mesmo realizar a alienação do terreno, ato impensável em se tratando de mero encobrimento eficaz.

A teoria desenvolvida pelo mestre baiano tem o mérito incontestável, porém, de lançar as primeiras luzes na escuridão que pairava sobre a doutrina pátria, identificando a existência de um contradireito.

7. Conclusão

Da análise das diversas teorias que pulularam no meio jurídico acerca da natureza jurídica desta nova figura, ímpar no ordenamento pátrio, constata-se que muitas são as divergências entre os doutrinadores. Não há consenso em nenhum aspecto, o que dificulta enormemente o trabalho de construção de uma tese realista e factível.

Parte da doutrina, porém, percebendo a grave distorção realizada pela maioria esmagadora dos estudiosos, os quais insistem em encaixar o novo instituto nas tradicionais figuras da usucapião e da desapropriação, centra o foco na atuação dos possuidores, aos quais é aberta a possibilidade de optar pela devolução do terreno ou pagamento do justo preço.

O ministro Teori Albino Zavascki, em artigo intitulado A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto de Código Civil, começa a delinear os contornos de uma nova teoria:

“Todavia, comparações à parte, 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 a coisa. [...] Solução em tudo semelhante, atribuindo ao juiz a possibilidade de converter prestação específica em alternativa – e cuja constitucionalidade não é posta em questão – é dada pelo novo Código no parágrafo único do art. 1.255, nos casos em que alguém edifica ou planta em terreno alheio. Nesses casos, diz o dispositivo, 'se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou adquirirá a propriedade do solo, mediante indenização fixada

judicialmente, se não houver acordo'. Como se vê, é situação assemelhada à do referido §4º: lá como aqui, converte-se a prestação específica de restituir a coisa em prestação alternativa de repô-la em dinheiro.⁵⁰

De fato, o sistema processual brasileiro traz algumas hipóteses que muito se assemelham ao disposto no art. 1.228 do CC/2002. O próprio artigo 1.255, citado pelo autor, traz disposição que faculta àquele que plantou ou edificou em terreno alheio, respeitados os demais requisitos legais, optar pela devolução ou pela alienação compulsória do referido bem.

Não é por este motivo que se deve restringir o instituto à figura da alienação judicial. Esta, como já foi dito, configura mero *iter* procedimental, não se confundindo de maneira alguma com o direito exercido pelos possuidores. A venda compulsória constitui, nesse caso, apenas o modo de concretização de direito previsto em lei.

Trata-se, em nosso humilde entendimento, de uma hipótese de contradireito potestativo.

O conceito de contradireito não deve ser aqui entendido na mesma acepção em que é empregado por Pontes de Miranda ao discorrer sobre as exceções substanciais. Não se trata de mero encobrimento eficaz, mas da possibilidade de eliminação do direito de propriedade do autor por meio do pagamento de justa indenização. Diz-se que é um contradireito, nesse caso, no sentido de constituir um poder de destruição dirigido a outro direito⁵¹, vez que o poder dominial do reivindicante não restará incólume; ao revés, deixará de existir em virtude da pretensão exercida pelos possuidores.

50 ZAVASCKI, Albino Teori. A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 853-854.

51 Eduardo J. Couture (*Fundamentos do Direito Processual Civil*. Campinas: RED Livros, 1999, trad: Benedito Giacobini, p. 60), esmiuçando a norma do § 202 do Código Civil alemão, alude a uma sistematização em que a “objeção” aparece como conceito genérico, “que abrange duas formas particulares de oposição: por um lado, as objeções denegatórias do direito, que tendem a demonstrar que o direito do autor não existe, por não ter nascido ou por se ter extinguido; e, por outro lado, as exceções (*Einrede*), que tendem a anular o direito do demandante e que se apresentam como verdadeiros contradireitos em oposição com os seus”.

Distingue-se, nesse particular, o contradireito exercido pelos possuidores do instituto da exceção substancial, que também é um contradireito.

Assim como na hipótese prevista no parágrafo único do art. 1.255 do Código Civil, os possuidores, em caso de exercerem o direito, adquirirão a propriedade⁵², elidindo o domínio do autor que, em razão da sua inércia, suportará os prejuízos advindos da perda do terreno. Tanto é assim que o art. 1.228, em seu § 5º, alude expressamente ao registro do imóvel em nome dos ocupantes.

A alegação do direito, contudo, restringe-se aos casos em que o proprietário se vale da ação reivindicatória ou possessória para reaver a coisa. Glauco Gumerato Ramos, apesar de sustentar tratar-se de uma espécie de desapropriação judicial, também acredita não ser possível o ajuizamento de ação autônoma com o fito de se pleitear o direito:

Com já foi dito, não será possível aos possuidores o exercício autônomo de pretensão buscando a desapropriação judicial, já que essa forma de intervenção na propriedade privada requer a instauração de juízo peti-tório pelo proprietário reivindicante. Com efeito, uma vez instaurada a ação reivindicatória em face dos possuidores que exerceram posse-trabalho nos termos do §4º do art. 1.228, e pretendendo eles a aquisição do imóvel por lhe terem dado função social, ser-lhes-á lícito formular pedido em face do autor reivindicante pleiteando a desapropriação judicial, observando a perda da posse em decorrência da reivindicação. [...] Insista-se uma vez mais, que os possuidores enquadrados nos termos do §4º do

52 Na aplicação do instituto sob comento, deve-se ter em vista também a disponibilidade de recursos e a possibilidade de pagamento por parte dos ocupantes da terra. O magistrado, no caso concreto, levará em consideração, no momento de se aferir o montante a ser desembolsado, não só o valor do imóvel, mas também a capacidade financeira dos possuidores. Assim é que nem sempre a quantia paga corresponderá exatamente ao valor que o terreno possui no mercado imobiliário. Neste sentido, o Enunciado 240 da III Jornada de Direito Civil –CJF/STJ – dispõe: “A justa indenização a que alude o parágrafo 5º, do art. 1.228, não tem como critério valorativo, necessariamente, a avaliação técnica lastreada no mercado imobiliário, sendo indevidos os juros compensatórios”. A análise do caso concreto deve ser feita a partir de uma perspectiva civil-constitucional, respeitados os princípios da função social da propriedade e da dignidade da pessoa humana. Voltar o foco para o possuidor-trabalhador nos parece ser a única maneira realizar os objetivos fundamentais da República encetados na Constituição Federal, quais sejam: garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos. Perdem sentido assim as críticas em relação a uma suposta inviabilidade do instituto face aos poucos recursos de que geralmente dispõem os possuidores, já que os mesmos devem contribuir em valor proporcional aos seus respectivos patrimônios.

art. 1.228 não têm direito autônomo e independente à desapropriação judicial, o que só ocorrerá diante do surgimento do interesse processual ocasionado pela pretensão reivindicatória do autor proprietário [...].⁵³

Com efeito, o art. 1.228 condicionou o exercício do direito por parte dos possuidores de converter a prestação que, de específica (de restituir a coisa vindicada) passa a ser alternativa (de indenizá-la em dinheiro)⁵⁴, ao ajuizamento da ação reivindicatória ou possessória.

Mais uma vez se constata clara diferença entre o instituto sob análise e a exceção substancial. Como bem adverte Pontes de Miranda⁵⁵, a “exceção pode ser exercida tanto em juízo quanto fora dele. [...] A exceção é *res in iudicium deducta*, se há processo; se não há, opõe-se cá fora, na vida extrajudicial”. O contradireito processual sob estudo, por sua vez, somente pode ser alegado em face de uma pretensão reivindicatória ou possessória posta em juízo.

Por fim, diz-se que o direito a ser exercido pelos possuidores é potestativo, uma vez que independe de qualquer atuação por parte do reivindicante para que se aperfeiçoe.⁵⁶

Leoni Lopes de Oliveira explica:

Os direitos potestativos são aqueles em que se atribui ao seu titular o poder de produzir, mediante sua exclusiva declaração de vontade, a modificação ou extinção de uma relação jurídica, com efeitos jurídicos em relação ao outro ou outros sujeitos da relação jurídica. Nos direitos potestativos os sujeitos que assumem a situação jurídica subjetiva passiva não têm, como nos direitos subjetivos, uma situação de obrigação, mas estão submetidos a admitir os efeitos produzidos em decorrência da exclusiva manifestação de vontade do titular do direito potestativo.⁵⁷

53 RAMOS, Glauco Gumerato. Contributo à Dinâmica da Chamada Desapropriação Judicial: Diálogo entre Constituição, Direito e Processo. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 386-387.

54 ZAVASCKI, Albino Teori, *op. cit.*, p. 853-854.

55 MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, t.VI, 1955, p. 16.

56 FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil – Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2005, p 07-08.

57 *Apud* FARIAS. *Ibidem*, p. 07.

Os ocupantes que possuíram de forma ininterrupta extensa área, por mais de cinco anos e com boa-fé, além de terem realizado, em conjunto ou separadamente, obras ou serviços de relevante valor social ou econômico podem adquirir a propriedade do reivindicante pela simples declaração de vontade de seus membros, desde que pago o valor da justa indenização.

O respeito aos pressupostos legais, por meio da utilização da propriedade em consonância com a sua função social, credencia os possuidores a escolherem entre devolver o imóvel ao seu primitivo proprietário ou adquiri-lo mediante o pagamento de indenização justa. A esse direito não pode ser opor o reivindicante, restando inócua qualquer ação sua visando a impedir a aquisição da propriedade.

Podemos afirmar, portanto, que o novel instituto regulado pelo art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil, traz uma nova espécie de contradireito potestativo, em virtude de suas peculiaridades que o distingue dos demais institutos suscitados pela doutrina. Cabe aos possuidores, neste caso, decidir sobre a devolução do imóvel ou o exercício do contradireito ao qual não poderá se opor o reivindicante.

Bibliografia

AGUIAR, Mônica. *A Desapropriação Judicial no Novo Código Civil*. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 20.out.2006.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Compreendendo os Novos Limites à Propriedade: Uma Análise do art. 1.228 do Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6725>>. Acesso em: 03.out.2006.

CAMBI, Eduardo. Aspectos Inovadores da Propriedade no Novo Código Civil, *in*: Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro: PADMA, 2000.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Campinas: RED Livros, 1999, trad: Benedito Giacobini.

DIDIER JR., Fredie. *Direito Processual Civil*. 18. ed. Salvador: JusPO-DIVM, v.I, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil – Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Controvérsias constitucionais acerca do usucapião coletivo*. Disponível em: <<http://juronline.visaonet.com.br>>. Acesso em: 06.ago.2006.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, t.VI, 1955.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. 37. ed., revista e atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003.

RAMOS, Glauco Gumerato. Contributo à Dinâmica da Chamada Desapropriação Judicial: Diálogo entre Constituição, Direito e Processo, in DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ZAVASCKI, Albino Teori. A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

