



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Questões Polêmicas Acerca do Artigo 1.228, Parágrafos 4º e 5º do Código Civil de 2002

Fernanda Valeriano Alves

Rio de Janeiro
2011

FERNANDA VALERIANO ALVES

Questões Polêmicas Acerca do Artigo 1.228, Parágrafos 4º e 5º do Código Civil de 2002

Artigo científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós Graduação.

Orientadores:

Prof. Guilherme Sandoval

Prof.^a Kátia Silva

Prof.^a Mônica Areal

Prof.^a Neli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Prof. Rafael Iorio

Rio de Janeiro
2011

QUESTÕES POLÊMICAS ACERCA DO ARTIGO 1.228, PARÁGRAFOS 4º E 5º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Fernanda Valeriano Alves

Bacharel em Direito pela Universidade Federal
do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: As relações trazidas pelo Código Civil atual devem estar cada vez mais filtradas por uma interpretação que melhor albergue os ditames constitucionais. Dessa forma, surge o instituto trazido pelo artigo 1.228, parágrafos 4º e 5º do Código Civil, que possibilita a aquisição da propriedade por terceiros que confirmam melhor destinação econômica e social ao bem imóvel. Nessa linha, a essência desse estudo é abordar a controvérsia doutrinária sobre a natureza jurídica do instituto e, dentro desse enfoque, trazer as maiores controvérsias sobre o estudo do tema. Busca-se, ainda, fornecer as interpretações dos conceitos indeterminados ventilados nos dispositivos em análise. O trabalho se orientará para a conclusão de que o instituto atende plenamente às diretrizes constitucionais que versam sobre função social, solidariedade e dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Usucapião. Desapropriação. Acessão Social Invertida. Matéria de Defesa em Ação Reivindicatória. Conceitos Indeterminados.

Sumário: Introdução. 1. Natureza jurídica do instituto previsto no artigo 1.228, parágrafos 4º e 5º do Código Civil de 2002 e questões polêmicas acerca de sua aplicação. 2. Visão civil constitucional do artigo 1.228, parágrafos 4º e 5º do Código Civil de 2002. 3. Conceitos indeterminados do artigo 1.228, parágrafos 4º e 5º do Código Civil de 2002. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda as questões divergentes em doutrina acerca do artigo 1.228, parágrafos 4º e 5º do Código Civil de 2002. Ao apresentar os debates travados entre os estudiosos do tema, o presente estudo visa demonstrar as visões mais adequadas de acordo com uma visão de Direito Civil Constitucional.

A discussão preliminar acerca do dispositivo versa sobre a natureza jurídica do instituto. Logo, o trabalho iniciará apontando as possíveis orientações doutrinárias. A divergência instaurada na doutrina é grande a respeito da natureza do instituto materializado pela norma, de forma que surgem as seguintes teses: natureza de usucapião coletivo, natureza

de desapropriação, natureza de acessão invertida social e natureza de meio de defesa específico de ações reivindicatórias.

Dentro dessa abordagem inicial sobre a natureza jurídica, o trabalho cuidará das principais polêmicas doutrinárias na interpretação e aplicação dos dispositivos.

Nessa linha, será trazida uma discussão inicial acerca da própria constitucionalidade do instituto em apreço, de forma que será demonstrado que o instituto é amplamente aceito como legítimo e constitucional perante o atual ordenamento jurídico, tendo em vista, principalmente, que a sua aplicação seria uma forma de se obedecer ao princípio da função social da propriedade, previsto na Carta Magna.

Outra discussão travada no presente estudo é a que se relaciona à eventual necessidade de pagamento pelo Poder Público de ex-proprietário no caso de os adquirentes serem hipossuficientes. Nesse tema, o trabalho apontará que a conclusão adotada pelo Conselho de Justiça Federal é na linha de que o Poder Público será incumbido de tal indenização no caso de hipossuficiência dos adquirentes e no caso de implementação de políticas urbanas ou agrárias que realizem modalidades específicas de desapropriação.

A próxima discussão doutrinária acerca do artigo 1.228, parágrafo 4º, CC/02, trata da interpretação extensiva ou literal do dispositivo, no sentido de se permitir que o proprietário ajuíze qualquer tipo de ação possessória para reivindicar seu imóvel ou se apenas cabe o ajuizamento de ação reivindicatória para tanto. O presente estudo apontará no sentido da prevalência da interpretação extensiva da norma, de forma a se permitir o ajuizamento de qualquer modalidade de ação possessória para reivindicação do imóvel pelo proprietário prejudicado.

Trava-se, após, nova discussão doutrinária sobre se o instituto é forma de aquisição originária ou derivada do bem. Há quem entenda que, pelo fato de haver indenização ao ex-proprietário, seria forma de aquisição derivada. Porém, há doutrinadores apontando no sentido

da aquisição originária do bem, uma vez que o pagamento de indenização é mero requisito instituído pelo legislador para aperfeiçoamento do instituto, e que o pagamento de indenização não desnaturaria a desapropriação, por exemplo, que também é forma de aquisição originária de bem.

Uma outra discussão doutrinária sobre o instituto ora estudado, que será abordada no trabalho, refere-se à possibilidade de aplicação do instituto em face do Poder Público. Será ressaltada a mudança de entendimento doutrinário firmado pelo Conselho de Justiça Federal.

O presente estudo, portanto, visa a demonstrar as principais controvérsias travadas na doutrina e na jurisprudência acerca do artigo 1.228, parágrafos 4º e 5º, apontando, sempre que possível, o entendimento mais conforme uma visão de Direito Civil Constitucional, que privilegie a função social do imóvel. As divergências serão demonstradas a partir do confronto das correntes doutrinárias e apontamento dos aspectos que melhor alcancem os escopos constitucionais e civilísticos atuais.

1 NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO PREVISTO NO ARTIGO 1.228, PARÁGRAFOS 4º E 5º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E QUESTÕES POLÊMICAS ACERCA DE SUA APLICAÇÃO

Inicialmente, aponte-se que o instituto previsto no artigo 1.228, parágrafos 4º e 5º do Código Civil atual não encontra correspondente na legislação estrangeira e nem mesmo na legislação pátria anterior. Trata-se de instituto inédito, de criação brasileira, que ainda está sendo muito debatido pela doutrina.

Registre-se desde logo que, quando da promulgação do Código Civil atual, houve quem questionasse a constitucionalidade do instituto, sob o argumento de que teria o condão de incentivar a invasão de terras, ferindo o direito de propriedade.

Essa é a opinião sustentada por Carlos¹ Alberto Dabus Maluf, professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, nos seguintes termos:

As regras previstas nesses parágrafos são agravadas pela letra do art. 10 da Lei 10.257, de 10.07.2001, conhecida como Estatuto da Cidade, uma vez que nela é permitido que essa usucapião especial de imóvel seja exercida em área maior de duzentos e cinquenta metros quadrados, considerando a área maior do que essa 'extensa área'. Prevê também que a população que a ocupe forme, mediante o requerimento da usucapião, um condomínio tradicional; e mais, não dá ao proprietário o direito de indenização. Tal forma de usucapião aniquila o direito de propriedade previsto na Lei Maior, configurando verdadeiro confisco, pois, como já dissemos, incentiva a invasão de terras urbanas, subtrai a propriedade do seu titular, sem ele ter direito a qualquer indenização. Essas regras, a do novo Código Civil e a do art. 10 e seus parágrafos da Lei 10.257/2001, devem ser modificadas por um projeto de lei específico, evitando-se, assim, que o Judiciário seja obrigado, por intermédio de inúmeras ações que haverão de surgir, a declará-las inconstitucionais

No entanto, o Enunciado 82 da I Jornada de Direito Civil, firmado pelo CJF, firmou-se no sentido da constitucionalidade da norma.

Além disso, a maioria esmagadora da doutrina entende pela constitucionalidade do instituto, levando-se em conta o grande relevo do princípio da função social no atual ordenamento jurídico, o que justificaria a escolha legislativa em privilegiar a posse qualificada em detrimento do direito de propriedade descumpridor do seu viés social.

Ultrapassado tal ponto, é necessário, para iniciar a problematização do instituto, fixar as bases da discussão no ponto de sua natureza jurídica, tema que é bastante controvertido na doutrina abalizada.

1.1 NATUREZA JURÍDICA DE USUCAPIÃO.

A primeira explosão de ideias doutrinárias foi no sentido de o instituto ter natureza de usucapião, uma vez que seria forma de aquisição originária de propriedade com os requisitos

¹ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de Direito Civil: direito das coisas*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 432.

de aperfeiçoamento exigidos para essa modalidade aquisitiva.

Esse entendimento era comungado, por exemplo, por Gustavo Tepedino² (que posteriormente veio a mudar de posição) e por Eduardo Cambi³, sustentando os autores que o instituto em análise seria, mais especificamente, modalidade de usucapião onerosa.

Sustentava essa parcela da doutrina que, o fato de se exigir a indenização do prévio proprietário para efetivação da aplicação do instituto não teria o condão de alterar suas características essenciais de modalidade aquisitiva da propriedade referente à usucapião.

Ademais, na linha de caracterizar o instituto como usucapião, pode-se, inclusive, destacar que o Código Civil atual parece dar o tratamento ao instituto como se usucapião fosse, à medida em que a regra de transição imposta pelo artigo 2.030 traz a aplicação do prazo reduzido da usucapião ao instituto, levando-se em conta o advento do novel diploma.

Desde o início do tratamento do tema, ao se interpretar o instituto como modalidade de usucapião, afastaram os doutrinadores, de forma peremptória, a hipótese de usucapião de bens públicos, tendo em vista o regramento do Código Civil atual que impede tal modalidade aquisitiva de propriedade.

Nessa linha, igualmente se firmou o Enunciado 83 da I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal - CJF, vedando de forma expressa a aplicação do instituto previsto no artigo 1.228, parágrafos 4º e 5º do Código Civil de 2002 em face de bens públicos (sejam eles bens de uso especial, de uso comum do povo, ou, até mesmo, bens dominicais, que são aqueles não afetados a interesse público determinado).

No entanto, muitas críticas foram feitas ao entendimento de o instituto ser modalidade específica de usucapião, uma vez que a usucapião seria forma de aquisição originária da

2 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República: direito das coisas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

3 CAMBI, Eduardo. Propriedade no Novo Código Civil. *Revista de Direito Civil*, nº 25, out – 2003, p. 129.

propriedade que independeria de prévio pagamento do antigo proprietário do bem.

1.2 NATUREZA JURÍDICA DE MODALIDADE ESPECÍFICA DESAPROPRIAÇÃO.

Nelson Nery Jr⁴. e Flávio Tartuce⁵ vieram a sustentar que o instituto assume natureza jurídica de modalidade específica de desapropriação, sendo mais qualificada por alguns como desapropriação judicial privada por posse-trabalho, por outros, simplesmente como desapropriação social ou expropriação privada.

O instituto teria, para os autores, a natureza de modalidade específica de desapropriação e não de usucapião, principalmente em razão da necessidade de indenização do prévio proprietário da coisa para sua regular efetivação.

De acordo com esses doutrinadores, no caso do instituto em análise, a aquisição do imóvel se daria em razão da posse qualificada sobre a coisa e em razão do pagamento estipulado por lei, de forma que, seria impertinente a sua interpretação como se usucapião fosse, considerando que, esse último instituto, conforme mencionado, é modalidade aquisitiva de propriedade que independe de qualquer relação entre o antigo e o novo proprietário, sendo totalmente descabida a indenização pelo novo dono.

Também é possível criticar a adoção da natureza do instituto como modalidade de usucapião, considerando que eventual sentença que declare a aquisição do bem imóvel na aplicação do instituto previsto no artigo 1.228, parágrafos 4º e 5º, tem natureza constitutiva e não declaratória, de forma que, o direito apenas nasceria com a prolação da decisão judicial, o que não ocorre no caso do instituto da usucapião, que tem a respectiva sentença de natureza

4 NERY JR, Nelson; NERY; Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 941.

5 TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: direito das coisas*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 136.

meramente declaratória do direito de propriedade.

Frise-se que a sentença respectiva à aplicação do instituto previsto no artigo 1.228, parágrafos 4º e 5º parece ter mesmo natureza constitutiva, levando-se em consideração a literalidade dos próprios parágrafos mencionados, que conferem grande discricionariedade ao juiz para fins de aplicação ou não do instituto, de forma que a sentença valeria como título executivo de eficácia translativa da propriedade.

Nesse diapasão, Flávio Tartuce⁶ defende, em sua obra sobre Direito das Coisas, que o instituto assume a natureza jurídica de modalidade específica de desapropriação:

Não há dúvidas de que o instituto aqui estudado constitui uma modalidade de desapropriação e não de usucapião, como pretende parcela respeitável da doutrina (Nesse sentido: GAGLIANO, Pablo Stolze. *Controvérsias..., Jus Navigandi...*, 2006). Isso porque o § 5º do art. 1.228 do CC prevê o pagamento de uma *justa indenização*, não admitindo o nosso sistema a usucapião onerosa

Frise-se, ainda, que o novo instituto estaria não apenas a valorizar a função social da propriedade mas, igualmente, a função social da posse, pois a propriedade cederia em prol de uma posse qualificada, ou seja, a posse-trabalho.

Ressalte-se que essa posse-trabalho seria a posse qualificada pelas obras realizadas coletivamente pelos ocupantes do imóvel e apenas com a realização de tal labor, que vem a assumir grande relevo econômico e/ou social, o direito de posse seria elevado ao direito de propriedade, já que houve prévio descumprimento do dever social relativo ao bem pelo anterior proprietário.

Nesse mesmo sentido, de que o instituto em análise é modalidade específica de desapropriação e não de usucapião, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias⁷, o denominam de desapropriação judicial indireta, nos seguintes termos:

⁶ *Ibid*, p. 137.

⁷ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direitos Reais*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 43.

Trata-se de modalidade de desapropriação judicial indireta e de aquisição da propriedade imobiliária, sem qualquer traço de inconstitucionalidade. A desapropriação se explica pelo fato do proprietário ser privado de seu direito subjetivo mediante indenização, ao contrário da aquisição pela usucapião que não comporta qualquer tipo de compensação ao antigo titular.

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

Numa terceira linha de pensamento, mas ainda dentro desse segmento da doutrina que defende ter o instituto em estudo natureza jurídica de modalidade específica de desapropriação, Marco Aurélio Bezerra de Melo traz o seguinte raciocínio em sua obra, para fins de diferenciação do instituto em relação à usucapião:

A nova previsão legal se assemelha demais com a usucapião, mas com a mesma não se confunde. Como sabido, não existe possibilidade de usucapião sem a presença do elemento subjetivo *animus domini* a que nos referimos por ocasião dos comentários do artigo 1.238 (anotação nº 7) e se observarmos atentamente, constataremos que o artigo não exige o referido requisito. Se para alguns, o referido requisito já está implícito na norma quando esta exige que se tenha realizado no imóvel obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante, difícil é ultrapassar a possibilidade que a lei cria, para pôr fim ao conflito, de pagamento de preço. Com efeito, se a hipótese vertente fosse a aquisição originária da usucapião, não seria referenciada a possibilidade de pagamento do preço, até porque a usucapião coletiva prevista no artigo 10 do Estatuto da Cidade pode ser utilizada como defesa, *ex vi* do disposto no artigo 13 da lei 10.257/2001.

Ao se entender que o instituto possui características de desapropriação específica, as características exigidas para sua ocorrência não são aquelas exigidas para a desapropriação *stricto sensu*, efetivada pelo Poder Público.

A natureza do instituto, segundo essa parcela da doutrina, não seria de desapropriação comum, pois mesmo considerando que fosse, de fato, realizada pelo Poder Público em prol de particulares que pudessem ser beneficiados por terem cumprido a função social do bem, haveria novo óbice à sua efetivação, pois, não há qualquer previsão legal que aponte para a obrigatoriedade de pagamento pela Administração da indenização a ser recebida pelo prévio proprietário.

Registre-se que o enunciado 308 do Conselho da Justiça Federal - CJF - traz entendimento no sentido de que o Poder Público só deveria arcar com o pagamento da

indenização no caso de os beneficiados pelo instituto serem indivíduos de baixa renda ou no caso de implementação de políticas urbanas ou agrárias que realizem modalidades específicas de desapropriação, que ocorreria em prol de particulares.

Logo, segundo o entendimento trazido pelo Conselho de Justiça Federal e por essa parcela da doutrina que defende ter o instituto natureza de desapropriação privada, em regra, seriam os ocupantes que arcariam com os ônus decorrentes da indenização fixada em sentença. Porém, no caso de serem os ocupantes de baixa renda, deveria o Poder Público arcar com as despesas, o que seria uma forma de dar efetividade e aplicação ao instituto, privilegiando a função social da propriedade.

Além de o pagamento de indenização do prévio proprietário pelo Poder Público não ser a regra, quando ocorre, no caso de os ocupantes serem de baixa renda, deveria tal custo ser previsto em leis orçamentárias, obedecendo, ainda, ao princípio da reserva do possível, uma vez que o Poder Público tem prioridades e metas de governo, que se calcam em um interesse público maior.

Dessa maneira, conforme ressaltado, o instituto tem características de desapropriação específica, não se assemelhando à desapropriação *stricto sensu*, considerando também que, só haveria essa última modalidade se existisse o decreto expropriatório do ente federativo competente, o que não ocorre no caso da efetivação do instituto ora em análise.

Aponte-se que, na desapropriação comum, o Poder Público conta com ampla, porém não irrestrita, discricionariedade para entender quando há o preenchimento do requisito referente ao interesse social ou utilidade pública. Porém, para que o instituto em análise possa ser plenamente reconhecido, o Judiciário tem muito mais poderes, do que no caso da desapropriação comum, para decidir acerca da existência do interesse social em concreto, e, até mesmo, acerca da conveniência e oportunidade para a ocorrência da aquisição do bem.

Noutro diapasão, deve-se colocar que, com o entendimento de o instituto ter cunho de

desapropriação específica, e não de modalidade de usucapião, passou a se colocar o questionamento sobre a possibilidade de aplicação do instituto em face de bem público.

O Conselho de Justiça Federal trouxe o enunciado 304, no sentido da possibilidade de aplicação do artigo 1.228, §§ 4º e 5º do Código Civil de 2002 em face de bens públicos dominicais, ou seja, em face de bens públicos desafetados, de forma que, em face dos demais bens públicos, permaneceria a vedação da aplicação do instituto.

Nesse sentido, aponte-se a ideia prevalente em doutrina e jurisprudência de que, em relação ao bem público afetado, mesmo que o particular o possuísse de boa-fé, teria ele mera detenção sobre a coisa, e não posse, prevalecendo, para esse bem, o teor do enunciado 83 da I Jornada de Direito Civil.

Aprofundando a discussão, dentro da linha de raciocínio de ter o instituto natureza de desapropriação social ou desapropriação judicial por posse-trabalho, o pagamento a título de indenização ao ex-proprietário seria condição para registro da carta de sentença no Registro Imobiliário, tendo em vista que apenas esse registro teria o condão de transferir a propriedade.

Como apenas a sentença seria apta a transferir a propriedade do antigo proprietário para os atuais ocupantes do bem, a decisão é considerada como título executivo de eficácia translativa, conforme já mencionado anteriormente.

É possível perceber que essa decisão, em regra, será proferida no bojo de ação reivindicatória ajuizada pelo antigo proprietário, no caso de a demanda ser julgada improcedente. Com a improcedência da demanda estaria o magistrado a reconhecer a prevalência da posse-trabalho sobre o direito de propriedade, quando o antigo proprietário não teria cumprido com a destinação social e econômica esperada para o bem.

Seguindo essa orientação, merece destaque o teor do Enunciado 310 da IV Jornada de Direito Civil, no sentido de que deve haver uma interpretação extensiva da expressão "imóvel reivindicado", prevista no parágrafo 4º do artigo 1.228, de forma a englobar pretensões de

juízo petitório, que enseja a análise do direito de propriedade, e de juízo possessório, que enseja meramente a análise sobre o melhor direito possessório trazido à luz do magistrado.

Pela aplicação do enunciado, portanto, a aplicação do instituto poderia se dar, inclusive, em sede de ação de reintegração de posse, que vem a travar apenas discussões possessórias sobre a coisa, de maneira que, não necessariamente seria o instituto aplicado apenas em sede de ação reivindicatória, que trata sobre o direito de propriedade sobre o bem.

Por outro lado, vale frisar que não há óbice expresso no atual ordenamento jurídico que impeça que o reconhecimento do novo direito de propriedade dos ocupantes, com a aplicação do instituto em análise, possa se dar através de ação autônoma ou em sede de reconvenção.

Destaque-se que para Flávio Tartuce⁸, a indenização fixada em sentença estaria sujeita a prazo prescricional, de maneira que, uma vez ultrapassado tal prazo, a transferência da propriedade poderia se dar independente de pagamento, com o registro da carta de sentença no registro competente.

Nesse sentido, inclusive, se firmou o entendimento da IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal - CJF, no Enunciado 311.

Frise-se que, para que surja a necessidade de indenização do antigo proprietário é preciso que haja pedido dele nesse sentido, caso contrário, haverá apenas o julgamento pela improcedência da ação reivindicatória ajuizada.

Portanto, conforme exposto, a maior parte da doutrina brasileira atual que estuda o tema, se firma no sentido de o instituto ser modalidade específica de desapropriação, com requisitos próprios para sua ocorrência, que não se confundem com os requisitos necessários para a ocorrência da desapropriação *stricto sensu*.

8 TARTUCE, *op. cit.*, p. 144.

Logo, essa posição doutrinária majoritária entende que o instituto acaba tendo natureza jurídica de um novo meio de aquisição de propriedade, que não se confundiria com a desapropriação comum, efetivada pelo Poder Público através de decreto expropriatório, e muito menos com a usucapião.

Por fim, para diferenciar cabalmente o instituto como modalidade específica de desapropriação do instituto da usucapião coletiva urbana, prevista no artigo 10 da Lei nº. 10.257/01, pode-se afirmar que: para ocorrência do instituto previsto no artigo 1.228, parágrafos 4º e 5º, os ocupantes não necessariamente serão indivíduos de baixa renda, ao passo que, para ocorrência da usucapião coletiva urbana, deverão sê-lo; no instituto em análise, não há limitação da área a ser expropriada, ao passo que na usucapião coletiva urbana, o limite de área a ser adquirida é de 250 m²; o instituto ora estudado pode se aplicar a imóveis rurais e urbanos, ao passo que a usucapião coletiva urbana apenas se aplica a imóveis urbanos, como é intuitivo; e, a diferença mais significativa é que, o instituto em análise requer a indenização do antigo proprietário pelos novos ocupantes, ao passo que a usucapião coletiva urbana, para ser efetivada, independe de qualquer indenização de prévio dono do bem.

1.3 NATUREZA JURÍDICA DE ACESSÃO INVERTIDA SOCIAL.

Numa terceira linha de entendimento quanto à natureza jurídica do instituto previsto no artigo 1.228, parágrafos 4º e 5º, Pablo Rentería⁹, de forma isolada na doutrina, sustenta o cabimento da natureza de acessão invertida social.

Para fins de explicação, vale dizer que, o instituto da acessão invertida ocorre, de acordo com o nosso ordenamento jurídico, quando alguém planta ou constrói em terreno

9 RENTERÍA, Pablo. *A Aquisição da Propriedade Imobiliária pela Acessão Invertida Social: análise sistemática dos parágrafos 4º e 5º do artigo 1.228*. Revista do Tribunal de Direito Civil. Rio de Janeiro, v. 34, p.71-91, jun. 2008.

alheio e tal plantação ou construção excede, em valor considerável, o valor do terreno. Daí, aquele que construiu ou plantou em terreno de terceiro teria a faculdade de adquirir a propriedade na qual edificou, efetuando a indenização do ex-proprietário.

O instituto da acessão invertida vem regulamentado em nosso ordenamento no artigo 1.255, parágrafo único, do Código Civil de 2002, e é mais um dos institutos que demonstram a preocupação do legislador civilista em conferir função social à propriedade, porém, por um viés mais econômico do que social.

Sobre o instituto da acessão invertida comum, Pablo Rentería¹⁰ o define como:

Como se sabe, a acessão constitui-se na incorporação, por forças naturais ou humanas, de uma coisa a outra, formando-se um todo indivisível. A coisa acedida une-se fisicamente à outra, perdendo sua própria individualização e acrescendo a materialidade da outra. Desse modo, quando duas coisas, pertencentes a proprietários diversos, ligam-se em um todo inseparável, o proprietário de uma delas passa a ter o domínio do todo, adquirindo, portanto, a propriedade da coisa acedida. À diferença do que ocorre nas demais modalidades aquisitivas, o proprietário contemplado com a acessão não adquire uma nova propriedade, mas expande o objeto inicial do seu direito de propriedade a tudo que nele se incorporou. Daí a se dizer que a acessão constitui modo de aquisição da propriedade por atração real.

Porém, para a ocorrência do instituto previsto no dispositivo ora estudado, devem aqueles que ocupam o terreno alheio de boa-fé, realizar obras ou serviços que possam ser considerados pelo magistrado como de relevante interesse social e econômico, mas não apenas econômico.

Para Pablo Rentería¹¹, a acessão invertida social não se daria de acordo com os critérios da acessão invertida, regulada pelo artigo 1.255, parágrafo único, do Código Civil de 2002, uma vez que, para a ocorrência desse último instituto se levaria em consideração apenas o valor econômico das obras ou plantações realizadas sobre o solo, ao passo que, para a aplicação daquele instituto, se deveria levar em consideração o valor social e econômico das

¹⁰ *Ibid*, p. 76.

¹¹ *Ibid*, p. 79.

obras e serviços realizados na área a ser adquirida.

Registre-se que o Código Civil de 1916 era extremamente rigoroso com o possuidor da coisa, de maneira que, sempre valia a regra segundo a qual o acessório seguiria o principal, e apenas seria o possuidor indenizado por eventuais perdas caso estivesse de comprovada boa-fé.

Porém, o Código Civil atual mudou o tratamento em relação ao possuidor de maneira substancial, o que pode ser percebido de forma notória com o instituto em análise, que permite que o possuidor tenha direito mais valioso que o do próprio proprietário do bem principal, desde que aquele cumpra com destinação social e econômica a ser perseguida pelo imóvel de maneira mais consentânea com o ordenamento jurídico e com as expectativas da sociedade.

Nesse ponto, merece destaque o comentário trazido por Pablo Rentería¹² acerca do tema:

Como se depreende destes dispositivos, em matéria de acessão industrial imobiliária, o legislador de 2002 substituiu a singela regra de que o acessório segue o principal por um articulado de normas que resolve o conflito entre o proprietário do solo e o possuidor, dono dos materiais, levando em consideração a forma pela qual se deu a ocupação do terreno, o valor relativo das construções e plantações bem como a boa ou má-fé das partes envolvidas. A *ratio* deste regime é encontrar para cada caso concreto a solução que acarrete o menor custo social, ainda que para tanto se tenha de admitir, por vezes, que o principal acompanhe o acessório.

1.4 NATUREZA JURÍDICA DE MATÉRIA DE DEFESA EM AÇÃO REIVINDICATÓRIA.

Gustavo Tepedino¹³, mudando de opinião sobre o tema, defende em obra recente que o instituto em análise não seria modalidade de usucapião, nem mesmo modalidade de desapropriação, seria sim um instituto aplicável como matéria de defesa em ações

¹² *Ibid*, p. 83.

¹³ TEPEDINO, *op. cit.*, p. 502.

reivindicatórias, de forma a se substituir a obrigação de restituir a coisa pelo pagamento da respectiva indenização.

O autor se aproveita de grande parte da argumentação de Pablo Rentería, pois, para ele, o instituto se fundaria na mesma *ratio* da acessão invertida.

Dessa maneira, Pablo Rentería e Gustavo Tepedino fundamentam o instituto em análise da mesma forma, porém, chegam a conclusões distintas acerca de sua real natureza jurídica, de maneira que, para aquele autor, tratar-se-ia de acessão invertida social, ao passo que, para este último autor, tratar-se-ia o instituto de meio de defesa em ação reivindicatória.

Registre-se, ainda, que de acordo com o entendimento de Gustavo Tepedino¹⁴, o instituto previsto no artigo 1.228, parágrafos 4º e 5º apenas teria aplicação como modalidade de defesa em ação reivindicatória e não em modalidades diversas de ações petitórias ou possessórias do bem.

Portanto, a posição de Gustavo Tepedino, em princípio, estaria a colidir com o teor do Enunciado 310, firmado pela IV Jornada de Direito Civil, que sustenta, conforme já apontado, a interpretação extensiva da expressão “imóvel reivindicado”, prevista no parágrafo 4º do artigo 1.228 do atual Código Civil.

No bojo da argumentação, Gustavo Tepedino¹⁵ defende que o instituto é uma nova modalidade de aquisição originária da propriedade por acessão social coletiva ou acessão industrial imobiliária, no qual prevalece o viés econômico e social das obras realizadas pelos possuidores sobre o direito de propriedade.

E quanto à discussão do cabimento do instituto em face de bens públicos, Tepedino¹⁶ se posiciona no sentido de que o instituto é aplicável apenas em relação aos bens públicos

14 *Ibid.* p. 504,

15 *Ibid.* p. 505.

16 *Ibid.* p. 505.

dominicais, tendo em vista que, como não teria, segundo o entendimento atual do autor, natureza de usucapião, não haveria vedação constitucional de sua aplicação em relação aos bens públicos mencionados.

Pelo exposto, demonstra-se a possibilidade de reversão da propriedade em favor daqueles que construíram ou edificaram em terreno alheio, levando-se em conta o alto grau de relevância social das obras ou serviços realizados no espaço.

2 VISÃO CIVIL CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 1.228, PARÁGRAFOS 4º E 5º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Após a exposição das teses doutrinárias atuais acerca da natureza jurídica do artigo 1.228, parágrafos 4º e 5º do Código Civil de 2002, deve-se apontar, ainda, que, de acordo com entendimento majoritário da doutrina civilista, a usucapião e a desapropriação são formas de aquisição originária da propriedade, uma vez que não há qualquer necessidade de ajuste com o ex-proprietário para que o bem seja adquirido, e o bem se integra ao patrimônio do(s) novo(s) proprietário(s) sem os gravames anteriormente incidentes.

Adotando-se o terceiro e o quarto entendimentos doutrinários, no sentido de que o instituto teria natureza jurídica de acessão invertida social ou de meio de defesa na ação reivindicatória, a aquisição do bem pelos novos proprietários se daria, claramente, de forma derivada, de modo que a relação entre o antigo e os novos proprietários restaria ainda mais evidente, e, por consequência, a coisa ingressaria no patrimônio dos novos proprietários com os eventuais gravames anteriormente incidentes sobre o bem anteriormente.

Dessa forma, a discussão acerca da natureza da aquisição da propriedade variará a depender do posicionamento doutrinário adotado em razão da natureza do instituto previsto

no artigo 1.228, parágrafos 4º e 5º do Código Civil de 2002.

E quanto à discussão ampla acerca da natureza jurídica do instituto em análise, pode-se concluir que os doutrinadores que tratam sobre o tema não entraram em consenso e não há posição que se possa assumir *prima facie*, não há uma interpretação mais consonante com o ordenamento jurídico, haja vista que todas as correntes possuem aspectos criticáveis e aspectos positivos.

Percebe-se, no entanto, que se ultrapassou a compreensão do instituto como modalidade de usucapião e passou-se a entendê-lo como modalidade específica de desapropriação com requisitos específicos, não se confundindo com a desapropriação comum e seus requisitos, sendo denominado como desapropriação judicial privada por posse-trabalho ou como desapropriação social ou expropriação privada.

Porém, registre-se que o debate doutrinário sobre o tema trouxe, recentemente, o posicionamento de Pablo Rentería, no sentido de ter o instituto natureza de acessão invertida social ou, ainda, meio de defesa em ação reivindicatória, levando-se em conta, para aplicação do instituto, o valor social das obras e serviços realizados no bem, a ser adquirido pelo princípio da gravitação invertido.

Independente de toda a discussão doutrinária acerca da natureza jurídica do artigo 1.228, parágrafos 4º e 5º do Código Civil atual, pode-se concluir que o instituto claramente é marcado pela necessidade de se conferir função social à propriedade, e, além disso, à posse, de forma que, o instituto obedece aos preceitos constitucionais insculpidos no artigo 5º, inciso XXIII.

Impende, nessa linha, destacar que a doutrina atual, afinada com uma visão de Direito Civil Constitucional, entende a função social como quinto elemento integrante do negócio jurídicos, ao lado do objeto lícito, dos agentes capazes, da forma prescrita ou não defesa em lei, e da vontade livre das partes, de forma que, qualquer negócio jurídico deveria perseguir o

atendimento da função social, e não apenas não descumpri-la, sob pena de o negócio jurídico ser considerado nulo, por falta de um de seus elementos necessários.

Nessa linha, destacando o relevo da função social no atual ordenamento jurídico, vale destacar o posicionamento de Nelson Nery Júnior¹⁷ nos seguintes termos:

O primeiro realce da análise jurídica do contrato e da propriedade dirige-se para sua função econômica, porque ambos, respectivamente, são institutos que visam à circulação de riquezas e à produção de riquezas. Isto não retira desses mesmos institutos, tanto do contrato quanto da propriedade, a sua funcionalidade própria: devem cumprir sua *função* social, tão importante quanto sua função econômica. Portanto, é importante interpretar a função social do contrato e da propriedade como estruturas fundamentais, respectivamente, do negócio jurídico e da situação jurídica de direito real, estruturas essas que devem estar em consonância com a realidade social, para que possam imprimir-lhe destinação útil tendo-se em conta sua função própria e, por conseguinte, para que cumpram, efetivamente a função econômico-social de que se reveste o próprio direito e cada um de seus institutos. O contrato não compreende apenas as pretensões individuais, ele deve ser entendido como verdadeiro instrumento de convívio social e de preservação da paz social. No que respeita à propriedade, deve-se sempre observar a capacidade produtiva que ela espelha e sua vocação para atender, em tempo e lugar certos, o objetivo social que ela deve atingir, resguardado sempre seu aspecto jurídico de direito fundamental do homem (CF 5º XXII).

Outrossim, o atual Código Civil se rege pelas diretrizes da eticidade, da operabilidade e da socialidade e, de acordo com essa última, os institutos jurídicos são válidos na medida em que velam pela harmonia das relações sociais e pelo princípio da solidariedade, previsto na Constituição Federal, em seu artigo 3º, inciso I.

Dentro dessa perspectiva, portanto, de ainda maior relevo é que se persiga sempre a função social como elemento necessário do direito de propriedade, de maneira que, o instituto analisado no presente trabalho está em perfeita harmonia com os ditames constitucionais e civilísticos modernos, independente da teoria adotada acerca de sua natureza jurídica.

É possível, ademais, perceber que o instituto veio previsto no atual Código Civil com intuito de fazer prevalecer a função social da posse sobre o direito de propriedade descumpridor de tal preceito, regularizando situações de moradias e distribuindo de forma

17 NERY JR, *op. cit.*, p. 938.

mais equânime as riquezas entre a população, sendo o instituto totalmente inovador nesse sentido.

Nessa linha, percebe-se que todas as correntes dão interpretação ampla ao dispositivo em comento, com vistas a melhor tutelar os interesses dos indivíduos que, através da realização de obras e serviços conferem a função social à propriedade que antes não cumpria sua finalidade constitucional.

E como todas as interpretações referentes à natureza jurídica do dispositivo em estudo são ampliativas do direito dos novos proprietários, há de se concluir pela constitucionalidade da tese trazida por toda a hermenêutica já versada.

3 CONCEITOS INDETERMINADOS DO ARTIGO 1.228, PARÁGRAFOS 4º E 5º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O artigo 1.228, parágrafos 4º e 5º traz diversos conceitos indeterminados para implementação do instituto, situação que, se por um lado permite que o juiz valere as especificidades de cada caso concreto com mais maleabilidade, por outro, acaba tornando mais difícil a atividade hermenêutica e a segurança na aplicação do instituto.

Nessa esteira, quanto às vantagens e desvantagens surgidas com a opção legislativa de utilização de conceitos indeterminados para a aplicação do instituto em debate, Pablo Rentería¹⁸, em análise minuciosa sobre o tema, destaca que:

No entanto, contrariamente às expectativas mais otimistas, a primeira observação que se deve dirigir ao texto legal é a sua falta de precisão conceitual, que resulta em diversas dificuldades para a sua aplicação. Os preceitos valem-se de muitos conceitos indeterminados, tais como "extensa área", "considerável número de pessoas" e "obras e serviços de relevante interesse social e econômico", sem que tenham indicado qualquer parâmetro para a sua interpretação. Se o emprego de tais

18 RENTERÍA, *op. cit.*, p. 72-73.

fórmulas gerais tem a vantagem de dar maior margem ao juiz para valorar as especificidades do caso concreto, apresenta, em contrapartida, o inconveniente de tornar o direito mais inseguro. Além disso, a hipótese de transferência da propriedade imobiliária ali descrita é tão complexa, exigindo a concorrência de inúmeras condições, que se mostra mais provável, na prática, que os possuidores procurem outro meio para regularizar a sua situação dominial.

Dificuldades também advêm da imprecisa previsão no § 5º de indenização em favor do proprietário. Neste tocante, a doutrina sequer conseguiu chegar a um consenso sobre quem deve pagar a indenização e quais os critérios para sua quantificação. Quanto ao primeiro ponto, hesita-se em atribuir aos possuidores beneficiados pela aquisição ou ao Estado. Em relação ao cálculo da indenização, tem-se observado que muitas dificuldades surgirão ao se procurar fixar o justo valor de uma propriedade que se encontra ocupada por considerado número de pessoas.

Em suma, se depreende desta rápida exposição do tema, o disposto nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 está a exigir um árduo esforço interpretativo no sentido de superar as deficiências técnicas, que podem frustrar por completo a sua eficácia social. Tal diagnóstico, todavia, antes de representar qualquer desestímulo, serve, ao reverso, para incitar a pesquisa sobre a qualificação na modalidade aquisitiva da propriedade imóvel ali delineada. Afinal, constitui a qualificação jurídica o único meio hábil para se estabelecer a disciplina de determinado instituto jurídico.

Em seu parágrafo 4º, o artigo 1.228 do atual Código Civil exige que, para a ocorrência do instituto deve haver a ocupação do bem por "um número mínimo de pessoas", sendo esse um conceito indeterminado, a ser preenchido pelo magistrado, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Para ajudar a fixar parâmetros à atividade judicial são traçadas balizas para determinar o que seria esse número mínimo de pessoas.

Gustavo Tepedino¹⁹ entende que, para fixar o número mínimo de pessoas, o juiz deverá considerar a concentração populacional relativamente à região onde está inserido o bem imóvel. E para fins de complementação desse critério, sustenta o autor que caberia a aplicação analógica do artigo 2º, IV, da lei 4.132, que exige a ocupação de, ao menos, 10 núcleos familiares.

Outro conceito indeterminado trazido pelo artigo 1.228 em seu parágrafo 4º é a

19 TEPEDINO, *op. cit.*, p. 503.

exigência de que as obras realizadas pelos ocupantes sejam de “caráter social e econômico relevante”.

Gustavo Tepedino²⁰, buscando determinar o conceito aberto mencionado, sustenta que o interesse social e economicamente relevante poderia ser alcançado no caso de realização de obras que implementem praças, equipamentos urbanos, escolas, moradias, pequenas indústrias ou outros serviços que favoreçam a localidade, sem desconsiderar as obras realizadas para fins de moradia dos próprios ocupantes, o que já caracterizaria, por si só, o interesse social das obras.

Ainda na linha da determinação dos conceitos trazidos pelo artigo em análise em seu parágrafo 4º, deve-se determinar qual seria a boa-fé exigida pelo legislador para fins de aplicação do instituto.

Tepedino²¹ defende que a boa-fé trazida como exigência pelo dispositivo deve ser compreendida em conceito mais amplo que o normalmente utilizado, ou seja, não haveria a exigência do justo título cartorário, mas apenas de título de aquisição que, levando em consideração as circunstâncias sociais e culturais dos ocupantes, seria capaz de levá-los a crer na legitimidade de sua posse. O autor defende, portanto, que deveria haver uma interpretação evolutiva do conceito de justo título para aplicação específica do artigo em análise.

Por outro lado, Flávio Tartuce²² defende que a boa-fé deve ser entendida apenas como a boa-fé objetiva, que se qualifica no plano da conduta do agente, e não como a boa-fé subjetiva, que se qualifica no plano do subconsciente do agente.

Segundo o autor, a boa-fé objetiva acabaria por se configurar quando a posse fosse qualificada pelo trabalho, de forma que, essa posse seria melhor que a posse do proprietário sobre o bem, devendo prevalecer.

20 *Ibid*, p.504.

21 *Ibid*, p.504.

22 TARTUCE, *op. cit.*, p.144.

Percebe-se que, tanto Tepedino, quanto Tartuce se afinam no ponto em que tentam ampliar o conceito de boa-fé, de maneira a não esvaziar o instituto previsto no artigo 1.228, parágrafos 4º e 5º do atual Código Civil, melhor atendendo o princípio constitucional da função social da propriedade.

O Enunciado 309 da IV Jornada de Direito Civil firmou entendimento no sentido de que não se aplica o conceito de boa-fé subjetiva, previsto no art. 1.201 do Código Civil atual, para fins de reconhecimento do instituto em análise, interpretação essa que parece estar mais afinada com a corrente doutrinária de Flávio Tartuce.

Outro conceito indeterminado que o artigo em análise prevê, vem em seu parágrafo 5º, e é a “justa indenização” a ser fixada pelo magistrado.

Para fins de guiar a doutrina e os magistrados na aplicação desse dispositivo, o Enunciado 240 da III Jornada de Direito Civil fixou entendimento no sentido de que a justa indenização não tem como critério valorativo, necessariamente, a avaliação técnica fundada na análise do mercado imobiliário, sendo, ainda, devidos os juros compensatórios.

Os juros compensatórios são aqueles que visam a indenizar a perda antecipada da propriedade, só que, no caso do instituto previsto no artigo 1.228, esses juros não são cabíveis, considerando que a propriedade não estava sendo utilizada da maneira devida pelo antigo proprietário, não havendo que se falar em perdas a serem compensadas.

Em regra, tais juros são devidos pelo Poder Público quando da efetivação da desapropriação *stricto sensu*, quando há ocupação antecipada do imóvel pretendido. Logo, o teor do enunciado 240 vem a ressaltar ainda mais a diferença entre o instituto em análise da desapropriação comum e vem a destacar, ainda, o valor da função social na ocorrência do instituto, uma vez que estaria a se tutelar, de maneira ainda mais evidente, o direito dos possuidores.

Vale dizer, ainda, que a justa indenização deve excluir o valor das benfeitorias implementadas pelos ocupantes, haja vista que, caso esse valor fosse devido, o antigo proprietário estaria enriquecendo sem justa causa. A justa indenização, portanto, deve representar não mais do que a real perda experimentada pelo anterior proprietário.

Portanto, restam traçadas algumas diretrizes para fins de aplicação efetiva do instituto em análise, com a orientação dos doutrinadores mais abalizados sobre o tema.

CONCLUSÃO

O presente estudo buscou elucidar os aspectos mais controvertidos na interpretação do instituto jurídico previsto no artigo 1.228, §§ 4º e 5º do Código Civil atual, inédito no ordenamento, que ainda foi pouco tratado pela doutrina civilística especializada.

Apontaram-se, inicialmente, as quatro correntes doutrinárias que tratam da natureza jurídica do instituto, tendo o presente estudo concluído que não há que se falar em melhor corrente, uma vez que todas buscam garantir a efetiva aplicação do instituto, com vistas a melhor proteger os princípios da função social da propriedade, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.

Outrossim, demonstrou-se nessa análise do tema que o legislador optou por se utilizar de conceitos indeterminados para a aplicação do novo instituto, o que, se por um lado abre caminhos para o magistrado decidir diante das especificidades do caso concreto, por outro, dificulta sobremaneira a tarefa hermenêutica.

Ademais, com esse trabalho, objetivou-se demonstrar a alta relevância do instituto previsto no artigo 1.228, parágrafos 4º e 5º, uma vez que, ele protege não apenas a função social da propriedade, mas também a função social da posse, de forma que os ocupantes do

bem que tenham a posse qualificada sobre a coisa serão detentores de direito melhor tutelado pelo atual ordenamento que o direito de propriedade do antigo dono que deixou de dar a destinação econômica e social adequada ao imóvel.

Nota-se, portanto, que o instituto ora estudado é capaz de redistribuir rendas, sendo instituto de enorme relevo social, ainda mais considerando a sociedade moderna de tão grandes desigualdades.

REFERÊNCIAS

CAMBI, Eduardo. Propriedade no Novo Código Civil: aspectos inovadores. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. N° 25, p. 129, out – 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado* 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NEGRÃO, Theotonio *et al.* *Código Civil e Legislação Civil em Vigor*. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade.. *Código Civil Comentado*. 7 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

RENTERÍA, Pablo. *A Aquisição da Propriedade Imobiliária pela Acessão Invertida Social: análise sistemática dos parágrafos 4º e 5º do artigo 1.228 do código civil*. *Revista dos Tribunais de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 34, p.71-91, jun. 2008.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: direito das coisas*. 2 ed. São Paulo: Método, 2010.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República: direito das coisas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.