

# A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE COMO PROMOTORA DA CIDADANIA

Pedro Pontes de Azevêdo<sup>†</sup>

## 1 INTRODUÇÃO



Constituição Federal de 1988 trouxe um catálogo extenso de direitos fundamentais, fruto do momento social em que foi aprovada. Era preciso retomar o rumo da democracia, conferindo às pessoas o máximo de proteção contra os abusos perpetrados pelo Estado no período da ditadura militar. A transição democrática operou no sentido de assegurar esses direitos fundamentais a todos, sendo, também por isso, denominada de a “Constituição Cidadã”. As constantes crises econômicas e a posição do Brasil na economia global, somadas a outros problemas endêmicos, como a corrupção, por exemplo, fizeram com que os avanços no campo social fossem tímidos. A distribuição de riqueza e renda sempre foi (e ainda continua sendo) um desafio a ser enfrentado pela sociedade brasileira.

Na atualidade, porém, o panorama no Brasil é distinto. A economia cresce a cada ano e os indicadores internacionais são revistos para melhor rotineiramente. O país passa a ter um papel muito mais ativo nos fóruns de nações, participando diretamente dos debates e das decisões que afetam a economia global atualmente. É inquestionável que, mesmo num período de economia globalizada, as crises que assolam o mundo ocidental, notadamente a Europa e os Estados Unidos, já não causam os mesmo estragos às estruturas econômicas tupiniquins.

No entanto, o que se constata, apesar da propalada pujan-

---

<sup>†</sup> Mestre em Direito Econômico pela UFPB. Doutorando em Direito da Cidade pela UERJ. Professor da Universidade Federal da Paraíba. Advogado.

ça nacional, é o aumento das desigualdades sociais. A má distribuição de renda, conforme já mencionado, continua sendo um óbice para o alcance da cidadania por todas as pessoas. A riqueza continua se concentrando nas mãos de poucos, o que gera uma infundável e óbvia série de problemas sociais.

O maior deles, talvez, é a impossibilidade de todas as pessoas terem acesso à propriedade, seja para fins de moradia, seja para o desenvolvimento de atividades econômicas que possam gerar o seu sustento. Dentre os direitos encartados na Constituição Federal, o direito à propriedade é indubitavelmente um dos principais garantidores da cidadania. Previsto no texto constitucional como direito fundamental, a propriedade é, provavelmente junto com o direito a um emprego, a principal base da dignidade humana, fundamento de todo o ordenamento jurídico.

Assim, um dos mecanismos que o Estado possui para promover a cidadania é garantindo ao maior número de pessoas possível o direito à propriedade imóvel. Ocorre que em face das já citadas desigualdades sociais e econômicas existentes no Brasil, esse direito é privilégio de um número muito pequeno de pessoas. Essa desigualdade gera, dentre outros problemas, um grande déficit habitacional, que aumenta com o passar dos anos.

Para tentar diminuir esse déficit habitacional, há alguns dispositivos legais que permitem o acesso à propriedade, ou pelo menos propiciam a sua regularização, desde que preenchidos determinados requisitos. A desapropriação judicial, o usucapião coletivo e o direito de superfície são exemplos de institutos que se prestam a essas finalidades.

É sobre esses temas que doravante se procederá a uma análise.

## 2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO E REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

A divisão clássica do Direito em ramos que se caracterizavam como de direito público ou de direito privado advém do Direito Romano, e foi utilizada durante muitos anos para explicar a existência e o funcionamento do ordenamento jurídico. Vários critérios eram utilizados para enquadrar um determinado ramo como público ou privado. Segundo esses critérios, o Direito Constitucional era caracterizado como o principal ramo do direito público, enquanto o Direito Civil tinha o mesmo papel quanto ao direito privado.

Já há muito tempo, no entanto, não se pode admitir essa separação estanque. A percepção de um ordenamento jurídico dividido em normas de interesse público e normas destinadas aos interesses privados perdeu completamente a razão de ser. Dentre os vários fatores que contribuíram para essa viragem paradigmática, podem-se destacar a evolução e a complexidade das relações sociais, econômicas e políticas, bem como a substituição de uma visão liberal, na qual o Estado guarda uma posição mais passiva, por uma de cunho social, em que o Estado assume papel intervencionista, fazendo-se presente até nas relações essencialmente privadas.

A superação desta dicotomia gera, portanto, um crescente processo de ampliação da importância do Direito Constitucional no contexto jurídico-positivo atual. A Constituição é considerada a Lei Maior, ocupando o ápice da cadeia normativa, com primazia sobre as demais, que, por óbvio, devem guardar respeito aos seus ditames. O fundamento de validade das normas infraconstitucionais está presente no próprio texto constitucional.

Uma das consequências dessa mudança de paradigma é a busca pela despatrimonialização do Direito Civil, que, outrora influenciado pelas ideias liberais, conferia prevalência à tutela do patrimônio em detrimento dos valores humanos. Daí por que se falar em repersonalização, ou ainda humanização do

Direito Civil, como conceitos para definir este movimento de mudança de paradigma, da visão patrimonialista para a humanizada, voltada à tutela de valores existenciais, preocupada com a dignidade da pessoa humana. O centro do ordenamento deixa de ser a propriedade privada, passando a se voltar à pessoa humana. “Ser” passa a ser mais importante do que “ter”<sup>1</sup>.

Embora possam ter havido alguns argumentos contrários, resistentes à ideia de constitucionalização do direito civil, é consagrada na doutrina civilista contemporânea a tese de que esta é um fenômeno irreversível e imprescindível à compreensão atual do Direito Civil. Segundo Fachin:

Superou-se o receio da colonização do direito Privado pelos espaços públicos, fruto da timidez do constitucionalismo tradicional. Chegou-se, com efeito, à aplicação dos direitos, liberdades e garantias nas relações entre particulares também.<sup>2</sup>

No dizer de Paulo Lôbo: “*os civilistas se deram conta de que a centralidade de sua disciplina tinha migrado definitivamente para a Constituição*”.<sup>3</sup>

Assim, é indubitável que o cerne do Direito Civil brasileiro de hoje, como os seus princípios e normas fundamentais, encontra-se encartado no texto constitucional. Não há como negar, também, que a proteção dos direitos individuais representa um arcabouço mínimo a ser observado por todos, no tocante ao respeito aos indivíduos e à busca pela cidadania.

Dentre os direitos individuais insertos na Constituição

---

<sup>1</sup> PERLINGIERI, PIETRO. Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3 ed.Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 4.

<sup>2</sup> FACHIN, Luiz Edson. A construção do Direito Privado Contemporâneo na Experiência Crítico-Doutrinária Brasileira a partir do Catálogo Mínimo para o Direito Civil-Constitucional no Brasil. (IN: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 16)

<sup>3</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do Direito Civil Brasileiro. (IN: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 19.)

Federal, a propriedade é um dos que mais passou por transformações nas últimas décadas, ante a necessidade de se adaptar a esse contexto humanizado do Direito. De uma visão individualista, preocupada com a tutela do patrimônio como um fim em si mesmo, passa-se a uma outra, identificada com a dignidade da pessoa, que enxerga (e regula) a tutela do patrimônio como meio para assegurar esses fins. É com base nessa premissa que doravante se desenvolverá o presente texto.

### 3 DIREITO DE PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A propriedade está inserida nos textos constitucionais pátrios há muitos anos, sendo tratada com contornos semelhantes ao que se vê no atual Texto Maior a partir da Constituição de 1946, inspirada nas constituições sociais, especialmente a de *Weimar*, de 1919.

A Constituição Federal de 1988, todavia, foi a que mais avançou na regulamentação concernente à função social, na esteira dos ideais que a influenciaram, calcados no Estado Social. O legislador constituinte definiu, por exemplo, requisitos objetivos para a aferição do atendimento da função social da propriedade rural, no art. 186, fazendo-o, também, no que tange à propriedade urbana, em seu art. 182, §2º.

A propriedade é o direito real por excelência, sendo a base fundamental do ramo do Direito denominado “Direito das Coisas”. Em conformidade com a mudança paradigmática para um direito civil-constitucional, os institutos que integram esse ramo vêm sendo reformulados, tendo como ponto de partida os princípios constitucionais, calcados em valores existenciais, com fundamento na dignidade humana. Passa a propriedade a ser encarada como um meio de promoção de bem-estar da coletividade, que obrigatoriamente deve atender à sua função social, ao invés de ser tida como um direito absoluto e intangível

do seu titular. Passou-se da propriedade absoluta para a propriedade-função. No dizer de Eros Grau:

A revanche da Grécia sobre Roma, da filosofia sobre o direito, a concepção romana, que justifica a propriedade pela origem (família, dote, estabilidade dos patrimônios), sucumbe diante da concepção aristotélica, finalista, que a justificam pelo seu fim, seus serviços, sua função”<sup>4</sup>.

Para Maurício Mota e Marcos Alcino Torres:

A propriedade contemporânea é propriedade segundo o uso e não segundo a substância mesma dos bens. Uma propriedade é legítima se está em conformidade com os limites impostos pelo bem comum, pela destinação final, sempre anterior a qualquer uso particular.<sup>5</sup>

A função social da propriedade, portanto, recebeu do constituinte uma nova roupagem, sendo elevada a princípio constitucional, fazendo com que todo o arcabouço jurídico-normativo infraconstitucional tenha que se adaptar a essa realidade.

A propriedade é tratada em diversos comandos normativos da Constituição Federal, dos quais se destacam: o art. 5º, caput, que a consagra como garantia individual; o art. 5º, XXII, que assegura o direito de propriedade; o mesmo art. 5º, XXIII, determinando que ela atenderá à sua função social; e o art. 170, II e III, que a consagram como princípio da ordem econômica ao lado da função social.

Deve-se salientar que a ideia de função social não tem por escopo diminuir ou extinguir a tutela da propriedade, mas sim imprimir um significado diverso daquele até então conhecido pela doutrina tradicional e pelo direito herdado dos liberais, não sendo possível mais conceber a propriedade como um direito absoluto. Referindo-se ao direito real de propriedade,

---

<sup>4</sup> GRAU, Eros Roberto. *Função Social da Propriedade (Direito Econômico)*. In: FRANCA, R. Limongi (coord.) *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977.

<sup>5</sup> MOTA, Maurício. TORRES, Marcos Alcino. (org.) *Transformações do direito de propriedade privada*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. P. VII.

José de Oliveira Ascensão aduz que: “*o seu titular não pode, na mira das suas particulares conveniências, contrariar interesses sociais relevantes.*”<sup>6</sup>

A função social veio romper com a concepção oitocentista do direito de propriedade, que era baseada no modelo individualista e liberal. A legislação da época, principalmente o Código Civil de 1916, tratava a propriedade como um complexo de faculdades do seu titular, que tinha poderes absolutos sobre ela. A sua principal função era atender aos interesses particulares do proprietário.

A Constituição de 1988, todavia, alterou significativamente este cenário, dando primazia à função social da propriedade, alçando-a ao *status* de princípio constitucional, conforme já salientado alhures. No magistério de Orlando Gomes: “*A função social afeta a própria substância do direito proprietário, constituindo-se no seu fundamento, na sua justificação, na sua ratio*”.<sup>7</sup>

Na mesma linha de raciocínio, Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber afirmam que: “*no direito brasileiro, a garantia da propriedade não pode ser compreendida sem atenção à sua função social*”.<sup>8</sup>

A função social da propriedade, assim, promove uma ruptura no conceito de propriedade até então existente. Sob a ótica da dignidade humana, ganha dimensão diversa, de modo que o direito de propriedade não pode mais ser admitido da forma individualista e absoluta de outrora, devendo ser exercido de acordo com a finalidade social por ele assumida.

Atualmente há uma tendência à “coletivização da propri-

---

<sup>6</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direitos Reais*. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. P. 200.

<sup>7</sup> GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. Atualiz. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 20.

<sup>8</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *A garantia da propriedade no direito brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 6 - Junho de 2005. p. 102.

idade”, construindo uma nova noção do instituto, em que restrições e limitações visam a coibir abusos e impedir que o exercício do direito de propriedade se transforme em instrumento de dominação, de imposição do poderio econômico.

Assim, a norma constitucional deixa clara a limitação aos direitos do proprietário, que não pode utilizar a sua propriedade de forma a causar prejuízos à coletividade, ou ao meio ambiente, por exemplo. Todavia, a função social não se adstringe a essa perspectiva negativa, de limitação, compreendendo outra positiva, que se reflete na busca do bem comum, na garantia da cidadania e na promoção da dignidade humana.

Nesse sentido, Pietro Perlingieri afirma que:

Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa (art. 2 Const.) o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas e de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento. E isso não se realiza somente finalizando a disciplina dos limites à função social.<sup>9</sup>

Tendo por base o princípio da solidariedade social, portanto, é inequívoco que o direito de propriedade não pode ser exercido se não cumprir a sua função social, seja na sua matriz limitadora, seja no viés propulsor. As formas de atingimento dessa função social estão previstas em diversos comandos normativos da legislação brasileira.

Nos tópicos que se seguem serão analisados alguns institutos previstos no direito pátrio que se entende como funcionalizadores da propriedade.

## 4 INSTITUTOS FUNCIONALIZADORES DA PROPRIEDADE

### 4.1 DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL

---

<sup>9</sup> PERLINGIERI, Pietro. Op. Cit. P. 226.



A desapropriação judicial, prevista no Art. 1.228, §4º e §5º<sup>10</sup>, do Código Civil, ocorre quando há pedido de restituição de bem imóvel pelos seus proprietários, desde que os possuidores apresentem, em sede de defesa, provas de cumprimento dos requisitos elencados no comando normativo supracitado. O instituto é uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro. Em razão disso, gerou diversas controvérsias quanto à sua interpretação.

A primeira delas dizia respeito à constitucionalidade do instituto, tendo em vista que a desapropriação, até então, sempre fora exclusiva do Poder Executivo. A doutrina majoritariamente se posicionou no sentido de não haver qualquer vício de inconstitucionalidade na previsão legal, que apenas criou uma hipótese excepcional de desapropriação, a ser determinada pelo juiz. Nesse sentido, inclusive, foi aprovado o Enunciado nº 82, na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal<sup>11</sup>.

Outra polêmica gira em torno da nomenclatura do instituto, pois alguns o denominam desapropriação judicial, em virtude da sua imposição pelo Poder Judiciário, enquanto há quem utilize a denominação desapropriação indireta, tendo em vista

---

<sup>10</sup> O mencionado dispositivo possui a seguinte redação:

“CC/02 - Art. 1.228. *O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. (...)*

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

§5º *No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.”*

<sup>11</sup> Enunciado nº 82, da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: Art. 1.228: É constitucional a modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil.

que ela, via de regra, se origina de uma ação reivindicatória. Há ainda os que preferem outras denominações, como usucapião indenizável ou usucapião coletivo.

Entende-se que a denominação que melhor caracteriza o instituto em tela é desapropriação judicial, posto se tratar de espécie anômala, na qual incumbe ao magistrado a sua determinação. Some-se a isso o fato de que o instituto *sub examine* prevê o pagamento de uma indenização aos reivindicantes, o que o afasta da ideia de usucapião.

Outro ponto relevante, e de mais difícil elucidação, é o tocante aos requisitos para se determinar a desapropriação judicial. Isso porque o legislador regulamentou a matéria utilizando-se de conceitos jurídicos indeterminados, deixando margem para a interpretação do magistrado, quando da análise do caso concreto. São, portanto, requisitos para a desapropriação judicial, que: a) a área ocupada seja extensa; b) os ocupantes estejam de boa-fé; c) a ocupação se dê por um considerável número de pessoas; d) o juiz considere que as obras e serviços realizados no imóvel sejam de interesse social e econômico relevante.

Conforme já salientado, o preenchimento desses conceitos indeterminados deve ser empreendido pelo julgador, o que pode conferir ao instituto maior amplitude, já que não se especificou critérios objetivos para determinar estritamente em que situações é cabível a desapropriação judicial. Isso impede que situações muito próximas sejam tratadas de maneira distinta, tomando por base apenas um critério legal de subsunção à norma, que sempre pode dar margens a injustiças no caso concreto.

Há ainda a questão do pagamento da indenização. Não se pode olvidar que o instituto aqui analisado foi inserido no ordenamento jurídico com a principal finalidade de promover a regularização fundiária, beneficiando pessoas e famílias de baixa renda, que, ao menos em tese, não possuem recursos para

adquirir bens imóveis. Registre-se que o pagamento da indenização é requisito obrigatório para que a sentença de desapropriação seja registrada, transferindo, assim, a propriedade do imóvel aos possuidores. Não é outra a interpretação plasmada no Enunciado nº 241, da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça:

Art. 1.228: O registro da sentença em ação reivindicatória, que opera a transferência da propriedade para o nome dos possuidores, com fundamento no interesse social (art. 1.228, § 5o), é condicionada ao pagamento da respectiva indenização, cujo prazo será fixado pelo juiz.

A exigência de pagamento da indenização unicamente pelos réus na ação reivindicatória acabaria por tornar o mecanismo da desapropriação judicial ineficaz, em razão da incapacidade econômica dos réus. Diante desse panorama, entende-se que a indenização deve ser suportada pelo ente estatal correspondente, como forma de assegurar o mister de regularização fundiária pensado pelo legislador.

Todavia, não há consenso quanto a esse tema, existindo quem advogue pela impossibilidade da assunção desse ônus pela administração pública, tendo em vista que a sua consecução se dá em decorrência da inércia do proprietário. Ademais, o ente estatal não participaria da lide, o que geraria um paradoxo, pois ao final seria ele o responsável pela indenização.

O entendimento majoritário, todavia, é aquele que entende ser de responsabilidade do ente estatal o pagamento da indenização, sempre que os possuidores estiverem impossibilitados de fazê-lo.

Seguindo essa linha de raciocínio, Mônica Castro assevera:

Oportuno realçar que a indenização deverá ser provida pelo Estado, não pelos beneficiados, porque o instituto da desapropriação é poder-dever reservado exclusivamente ao Estado.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> CASTRO, Mônica. *A Desapropriação Judicial no Novo Código Civil*. Disponível em: [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=486](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=486) Acesso

Assim, o município arcaria com o ônus quando se tratasse de imóvel urbano, em razão do disposto no art. 182 da Constituição Federal, que atribui à municipalidade o dever de implementar a política de desenvolvimento urbano e garantir o bem-estar de seus habitantes. Por outro lado, em se tratando de imóvel rural, a responsabilidade pela indenização seria da União, sempre que se tratar de possuidores de baixa renda. Isto em razão do contido nos arts. 184 e seguintes da CF/88, que impõem à União a implementação da política agrícola, fundiária e de reforma agrária.

Para que esse ônus seja imposto ao ente estatal, porém, faz-se necessário que eles sejam chamados a integrar a lide, como forma de propiciar-lhes a participação na discussão de todos os termos da desapropriação, incluindo-se o valor da indenização. Não é outro o entendimento consagrado no Enunciado nº 308, da IV Jornada de Direito Civil:

Art.1.228. A justa indenização devida ao proprietário em caso de desapropriação judicial (art. 1.228, § 5º) somente deverá ser suportada pela Administração Pública no contexto das políticas públicas de reforma urbana ou agrária, em se tratando de possuidores de baixa renda e desde que tenha havido intervenção daquela nos termos da lei processual. Não sendo os possuidores de baixa renda, aplica-se a orientação do Enunciado 84 da I Jornada de Direito Civil.

A última questão a que se faz alusão é a possibilidade de ajuizamento de ação autônoma de desapropriação judicial, com o intuito de não impor aos possuidores a espera por uma possível ação reivindicatória. Inicialmente, se entendia que só seria possível a determinação judicial de desapropriação por meio de ação reivindicatória, em decorrência de alegação defensiva dos réus.

No entanto, como forma de ampliar a eficácia da norma contida no art. 1.228, §4º do CC/02, passou-se a entender que é possível aos possuidores ajuizarem ação autônoma de desapro-

priação indireta. Confirmando esse entendimento, foi aprovado o Enunciado nº 496, na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal:

O conteúdo do art. 1.228, §§ 4º e 5º, pode ser objeto de ação autônoma, não se restringindo à defesa em pretensões reivindicatórias.

Ante o exposto, não resta dúvida de que o instituto da desapropriação judicial possui o condão de propiciar a funcionalização da propriedade, permitindo a regularização fundiária e a diminuição do déficit habitacional existente no Brasil. Para Rodrigo Toscano de Brito: “*Sem dúvida, o alicerce da norma em comento foi potencializar a função social da propriedade.*”<sup>13</sup>

Não é outro o sentir de Christiano Cassetari, para quem: “deveremos interpretar o instituto da desapropriação judicial como uma forma de auxílio no cumprimento da função social da propriedade e da posse”.<sup>14</sup>

Cumpra registrar, contudo, que o instituto em tela carece de maior efetividade, assim como tantas outras normas existentes na legislação pátria.

#### 4.2 USUCAPIÃO ESPECIAL COLETIVO

O usucapião especial coletivo é instituto regulado pelo Estatuto das Cidades (Ecid - Lei nº 10.257/2001). Está disciplinado nos arts. 10 a 14<sup>15</sup> do mencionado diploma legal, e foi

---

<sup>13</sup> BRITO, Rodrigo Toscano de. “Desapropriação judicial e Usucapião coletivo: Uma análise comparativa. IN: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). *Novo Código Civil: Questões Controvertidas. Direito das Coisas. Vol. 7.* São Paulo: Método, 2008. P. 127.

<sup>14</sup> CASSETARI, Christiano. Uma análise do instituto descrito no Art. 1.228, §§4º e 5º, do Código Civil. IN: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). *Novo Código Civil: Questões Controvertidas. Direito das Coisas. Vol. 7.* São Paulo: Método, 2008. P. 116.

<sup>15</sup> Estatuto da Cidade - Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os

pensado como uma forma de permitir a regularização fundiária, contribuindo para a funcionalização da propriedade, consoante preconizado por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

A usucapião coletiva de imóveis particulares é forte instrumento de função social da propriedade, uma vez que permite uma alternativa de aquisição de propriedade em prol de possuidores que não tenham acesso a ações individuais de usucapião – porque o imóvel está encravado em loteamento irregular ou porque a área possuída é inferior ao módulo urbano mínimo.<sup>16</sup>

Para que seja alcançado, o usucapião coletivo possui requisitos específicos, que o diferem das demais espécies de usucapião. Em primeiro lugar, só pode se dar em imóveis urbanos, cuja área seja superior a duzentos e cinquenta metros quadrados. Além disso, o imóvel objeto da ação de usucapião deve ser ocupado por pessoas que não possuam outro imóvel urbano ou rural, com finalidade de moradia.

A posse dos ocupantes deve perdurar por um prazo mínimo de 5 (cinco) anos, sem interrupção, além de não encontrar oposição do proprietário, ou seja, deve ser de boa-fé. Outro

---

terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

§ 2º A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis.

§ 3º Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas.

§ 4º O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio.

§ 5º As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes.

<sup>16</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Op. Cit, p. 312.

requisito importante previsto na lei é que a situação fática deve se apresentar de tal forma que não seja possível identificar individualmente os terrenos ocupados por cada possuidor.

Há ainda um último critério, qual seja, os ocupantes devem ser pessoas de baixa renda. Trata-se de um conceito jurídico indeterminado, que deverá ser preenchido pelo juiz quando da análise da ação. No caso concreto, portanto, é que se deverá aferir se os interessados preenchem o requisito, não se podendo estipular antecipadamente critérios sociais ou econômicos para tal.

Ao instituir esta modalidade de usucapião, a intenção do legislador foi diminuir a precarização existente em grandes áreas urbanas, conhecidas como favelas ou comunidades. O instituto em tela permitiria regularizar a situação relativa à propriedade imobiliária, além de possibilitar a atuação do Poder Público junto às áreas ocupadas de maneira desordenada, o que gera risco aos próprios ocupantes. Em outras palavras, o usucapião coletivo possui a finalidade de promover a regularização da situação fundiária, bem como permitir a urbanização de áreas ocupadas por pessoas de baixa renda.<sup>17</sup> Nesse aspecto, Daniel Queiroz Pereira afirma que:

Pode-se claramente vislumbrar que o referido instituto possui como objetivos a melhoria das condições de vida da população por meio da ordenação do espaço urbano e de uma legislação específica, de forma a preservar as tipicidades das ocupações espontâneas e integrá-las à estrutura urbana da cidade formal.<sup>18</sup>

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald entendem que:

A lide é de caráter coletivo, envolvendo a regulariza-

---

<sup>17</sup> LOUREIRO, Francisco. Usucapião individual e coletivo no Estatuto da Cidade. IN: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 2, n. 9, p. 25-49, jan/mar 2002. p. 29.

<sup>18</sup> PEREIRA, Daniel Queiroz. O usucapião especial coletivo e a efetivação da função social da propriedade. IN: MOTA, Maurício. TORRES, Marcos Alcino. (org.) *Transformações do direito de propriedade privada*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. P. 281.

ção fundiária de áreas amplas, para que possa haver inserção do imóvel no plano de urbanismo municipal, prestigiando o princípio da função social da propriedade.<sup>19</sup>

O viés funcionalizador do instituto, pois, está na possibilidade de fomentar a regularização fundiária daquelas glebas ocupadas desordenadamente pela população de baixa renda. Mas vai além disso. Permite, o instituto, que o Poder Público se instale definitivamente nessas áreas, propiciando o fornecimento de serviços essenciais voltados à infraestrutura, à higiene, à saúde coletiva e à segurança pública. Trata-se de um importante instrumento para que se garanta o acesso à cidadania

Embora haja alguns pontos de contato, o usucapião especial coletivo se diferencia da desapropriação judicial, especialmente em razão dos seguintes aspectos: a) no usucapião do Ecid não há pagamento de qualquer indenização aos proprietários, sendo que na desapropriação esta é obrigatória; e b) a desapropriação judicial pode ocorrer em imóveis urbanos ou rurais, enquanto o usucapião coletivo só pode se dar em imóveis urbanos; c) no usucapião coletivo a ocupação deve se dar por população de baixa renda, o que não é exigido na desapropriação judicial; e d) na desapropriação judicial o CC/02 não traz previsão de legitimação intervenção do Ministério Público, ao contrário do previsto no Ecid.

Ambos institutos, entretanto, são potenciais funcionalizadores da propriedade, para permitir que se outorgue cidadania àqueles que necessitam de um mínimo para assegurar a sua dignidade, seja no tocante à moradia ou ao trabalho.

#### 4.3 DIREITO DE SUPERFÍCIE

Um outro instituto que possui um viés funcionalizador da propriedade é o direito de superfície. Trata-se de um direito real sobre a coisa alheia previsto expressamente no rol elenca-

---

<sup>19</sup> FARIAS, Cristiano Chaves. Rosenvald, Nelson. *Direitos Reais*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 313.



do no art. 1.225, II, do Código Civil. Tem por finalidade a outorga ao beneficiário (denominado superficiário) do direito de plantar ou edificar no terreno do proprietário ou concedente, por meio de escritura pública registrada no Cartório de Registro de Imóveis competente. O negócio jurídico subjacente pode ser gratuito ou oneroso – o proprietário, portanto, poderá, ou não, receber uma compensação financeira pela concessão desse direito.

Importante destacar que por se tratar de um direito real previsto em lei, a superfície se distingue de outros negócios jurídicos por meio dos quais se defere a posse de imóveis a terceiros, tais como a locação, o arrendamento e o comodato. Tal distinção se consubstancia, principalmente, no tocante às garantias e prerrogativas advindas do exercício de um direito real. Indubitavelmente, o direito de superfície gera maior segurança para o superficiário do que a outorgada, por exemplo, ao locatário.

O direito de superfície possui uma especificidade: é regulamentado pelo Código Civil (arts. 1.369 a 1.377) e pelo Estatuto da Cidade (arts. 21 a 24). Embora haja alguns questionamentos por pequena parte da doutrina, a maioria entende que não houve derrogação das normas do Estatuto quando da entrada em vigor do Código Civil, uma vez que o regime de ambas as leis se dirige a situações jurídicas diversas. Com efeito, algumas distinções podem ser apontadas entre os institutos previstos no Codex e no Estatuto da Cidade. Em primeiro lugar, o direito de superfície previsto no Estatuto da Cidade se volta apenas à propriedade urbana, enquanto o instituto regrado no CC/02 pode ser utilizado em qualquer imóvel, seja no âmbito urbano, seja no rural.

Ademais, outra diferença entre ambos é que a superfície prevista no CC/02 só pode ser constituída por tempo determinado, enquanto as normas do Estatuto da Cidade permitem que proprietário e beneficiário pactuem o direito de superfície por

tempo indeterminado. Apesar desta exigência, o Código Civil não indica as consequências jurídicas em caso de não determinação do prazo pelos contratantes. Questiona-se, portanto, quais seriam os efeitos gerados por um contrato com tal eiva: o negócio jurídico seria inválido? o tabelião deveria recusar o registro? De igual modo, o diploma civilista não prevê um prazo máximo de duração da superfície, sequer supletivamente, para o caso de silêncio das partes. Desta forma, em pouco se diferencia do regramento Estatutário.

Por fim, a exploração do subsolo é também tema que mereceu tratamento diverso nas leis sob comento. O regime do CC/02 prevê que o beneficiário não poderá explorar o subsolo, salvo se dispuserem em contrário os pactuantes. Já o art. 21, §1º, do Estatuto da Cidade, prevê que a exploração do subsolo é inerente ao contrato, independentemente de cláusula expressa nesse sentido.

No que tange aos direitos e deveres do proprietário e do superficiário, a disciplina legal é deveras assemelhada em ambas as leis.

Pelo contrato de superfície, o superficiário passa a ter o direito de usar o imóvel, desde que o faça nos termos avençados, sob pena de extinção. Poderá, pois, plantar, construir, ou transferi-lo a terceiro, para que este o explore diretamente. O seu principal dever é o de adimplir os encargos que recaiam sobre o imóvel (impostos, taxas, etc.). Pelo contrato de superfície, a posse se desdobra, ficando a direta com o superficiário, e restando a indireta com o proprietário concedente. Incumbe a ambos, nos casos em que for cabível, a tutela das respectivas posses.

Já o proprietário, tem como principal direito, em caso de contrato oneroso, o recebimento do preço acordado. Beneficia-se, ainda, com a liberação do dever de arcar com as despesas e tributos relativos ao bem. Por outro lado, deve respeitar o direito do superficiário, enquanto durar o pacto (se por tempo de-

terminado), e deve observar o direito de preferência daquele, em caso de alienação do imóvel.

Cabe, doravante, destacar-se a importância do direito de superfície enquanto instituto voltado à efetivação da função social da propriedade.

É previsto em lei que os proprietários de imóveis que não derem a estes uma destinação consentânea com a sua finalidade, ou mesmo quando não lhes derem finalidade alguma, são passíveis de sancionamento pelo Poder público. Essas sanções podem se consubstanciar no parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, na cobrança de Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana (IPTU) progressivo no tempo ou até na medida extrema de desapropriação com o pagamento por meio de títulos da dívida pública.

Neste aspecto, a concessão do direito de superfície pode se revelar como uma espécie de “tábua de salvação” para aqueles proprietários que não tiverem condições de utilizar os imóveis de sua propriedade, seja por razões econômicas, seja por quaisquer outros motivos. Não é demais lembrar, que os encargos relativos ao imóvel objeto de superfície recairão sobre o superficiário, o que torna o negócio jurídico ainda mais atrativo ao fundiário.

Trata-se, pois, de um instituto que possibilita o uso racional de imóvel que não esteja sendo explorado pelo seu proprietário, por outrem que, em tese, não tem condições de explorar imóvel próprio. Por essas razões, vislumbra-se o direito de superfície como importante instrumento para se evitar a inutilização de terrenos urbanos, com o único e exclusivo fim de promover a especulação imobiliária. Inquestionável, portanto, o seu potencial caráter de fomentador da distribuição de riquezas ou, em outras palavras, de compartilhamento dos bens na realidade urbana hodierna.

Não é outro o pensamento de Luciano de Camargo Penteado:

Desta forma, acaba por ser, principalmente, um ins-

trumento de natureza jurídica para facilitar a efetiva e atual utilização de terrenos para fins de atividade ou moradia, à vista de implementar as diretrizes fundamentais de função social da propriedade.<sup>20</sup>

Seguem a mesma linha de raciocínio Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, para quem:

Uma das maiores utilidades do direito de superfície é a sua grande densidade econômica. Uma pessoa poderá construir ou plantar em solo alheio, sem a necessidade de adquirir o terreno e despendar grandes somas de capital, propiciando a concessão de função social à propriedade.<sup>21</sup>

E prosseguem afirmando que:

Ao contrário dos que possam pensar ser a superfície uma forma de aniquilação do direito de propriedade, em razão da inserção de uma titularidade dentro de outra, configura-se ela como importante mecanismo destinado não somente a ordenar a propriedade urbana, e incrementar a sua função econômica pela diversificação nas formas de utilização, como também a auxiliar ao atendimento às funções sociais das cidades, principalmente pela possibilidade de redução do déficit habitacional, trazendo em seu bojo regras de Direito Civil e urbanístico.<sup>22</sup>

Do ponto de vista do proprietário, portanto, inquestionável é a utilidade da superfície, bem como os benefícios por ele auferidos em decorrência do pacto subjacente. Os referidos benefícios acima elencados existem, ainda que o negócio jurídico seja celebrado gratuitamente, seja pelas razões acima elencadas, seja, ainda, pelo fato de que após a extinção do contrato o proprietário retomar a sua propriedade plena, com todas as acessões e benfeitorias promovidas pelo superficiário, independentemente de indenização.

No tocante ao superficiário, as vantagens são vislumbradas ainda com maior facilidade. Isto porque a ele é conferido o direito de explorar terreno alheio, plantando ou edificando,

---

<sup>20</sup> PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. São Paulo: RT, 2008. p. 404.

<sup>21</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. p. 416.

<sup>22</sup> *Idem, Ibidem*.

sendo que normalmente o único ônus que pesará sobre os seus ombros será o de responder pelos encargos relativos ao imóvel.

A utilização do imóvel de propriedade do fundiário pelo superficiário, conforme já salientado, pode se dar com o fito de moradia própria, ou mesmo de exploração de atividade de subsistência ou com fim lucrativo. Não se deve olvidar, todavia, que no Brasil, em razão das suas peculiaridades sociais, uma das maiores possibilidades de funcionalização da propriedade por meio do direito de superfície é a sua utilização para fins de garantir o direito à moradia.

Por fim, ressalte-se um importante aspecto, que ainda é muito timidamente explorado no Brasil, seja pela doutrina, seja no que tange à realidade fática, que diz respeito à possibilidade de constituição de superfície de segundo grau, também conhecida como “direito de laje”, ou sobrelevação. Esta espécie de superfície se dá quando o superficiário promove a edificação sobre a edificação já existente no terreno – daí a sua denominação como sendo “direito de laje”.

Ocorre que a legislação regente não disciplinou esta modalidade de superfície, e em virtude disso alguns estudiosos defendem a sua inaplicabilidade no direito pátrio. Contudo, a despeito da ausência de previsão expressa, não há norma que a proíba, motivo pelo qual se entende ser perfeitamente possível a sua constituição. Corrobora com esse posicionamento o fato de que a doutrina contemporânea advoga a tese da não-taxatividade dos direitos reais. Explícite-se que não se trata de defender a possibilidade de criação de um novo direito real pela vontade das partes, tal como se admite em relação às obrigações, que podem ser criadas livremente, de acordo com a autonomia privada. Tal fenômeno é inconcebível em face da tipicidade dos direitos reais, que só podem ser criados por lei. Quando se diz que se trata de direitos não-taxativos, quer se referir ao fato de que o rol constante do art. 1.225 do Código Civil é exemplificativo, ou *numerus apertus*. Assim, não são

taxativos, eis que outros podem ser instituídos, mas são típicos, posto que enclausurados num rol imposto por lei. O que se quer explicitar, portanto, é que a superfície, de todo modo, foi reconhecida como direito real, não sendo necessária uma interpretação extensiva desses direitos para justificar a sobrelevação, que seria apenas mais uma forma de se exercer o mesmo direito.

Desta forma, é de se concluir que o direito de superfície pode se afigurar como importante mecanismo de funcionalização da propriedade e de fomento do reaproveitamento dos espaços da cidade, sempre com o intuito de garantir a máxima efetividade dos direitos individuais.

## 5 CONCLUSÕES

Diante do exposto no presente trabalho, não restam dúvidas de que o direito de propriedade é fundamental para que se promova a cidadania plena, calcada na dignidade da pessoa humana. A garantia do direito à moradia, a regularização fundiária e o acesso a serviços públicos essenciais são alguns dos aspectos envolvidos nessa questão.

Para que esse fim seja atingido, portanto, é crucial o cumprimento da função social da propriedade, que não se trata de uma faculdade do proprietário, mas sim de uma obrigação advinda da mudança de paradigma pela qual passou o Direito Civil, de um viés liberal para um outro, de cunho social.

Dentre os diversos institutos funcionalizadores da propriedade previstos na legislação brasileira, procurou-se analisar aqueles que se acredita serem os mais importantes para a consecução desse mister, não se negando, no entanto, a existência de diversos outros.

Não há como se negar que existe no Brasil um robusto arcabouço normativo voltado à funcionalização da propriedade, com fundamento no próprio texto constitucional. No entanto,

diversas questões sociais e econômicas continuam sem solução, em grande parte, por ausência de vontade política na implementação de programas e mecanismos que assegurem a efetividade das normas aqui analisadas.



## 6 REFERÊNCIAS

- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil – Reais*, 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- BRITO, Rodrigo Toscano de. “Desapropriação judicial e Usucapião coletivo: Uma análise comparativa. IN: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). *Novo Código Civil: Questões Controvertidas. Direito das Coisas. Vol. 7*. São Paulo: Método, 2008. P. 127.
- CASSETARI, Christiano. Uma análise do instituto descrito no Art. 1.228, §§4º e 5º, do Código Civil. IN: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). *Novo Código Civil: Questões Controvertidas. Direito das Coisas. Vol. 7*. São Paulo: Método, 2008.
- CASTRO, Mônica. *A Desapropriação Judicial no Novo Código Civil*. Disponível em: [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=486](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=486) Acesso em: 10 mar. de 2012.
- FACHIN, Luiz Edson. A construção do Direito Privado Contemporâneo na Experiência Crítico-Doutrinária Brasileira a partir do Catálogo Mínimo para o Direito Civil-Constitucional no Brasil. (IN: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 16)
- FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Direi-*

- tos Reais*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. Atualiz. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. Função Social da Propriedade (Direito Econômico). In: FRANCA, R. Limongi (coord.) *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- LOUREIRO, Francisco. Usucapião individual e coletivo no Estatuto da Cidade. IN: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 2, n. 9, p. 25-49, jan/mar 2002.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do Direito Civil Brasileiro. (IN: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 19.)
- MOTA, Maurício. TORES, Marcos Alcino. (org.) *Transformações do direito de propriedade privada*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. São Paulo: RT, 2008
- PEREIRA, Daniel Queiroz. O usucapião especial coletivo e a efetivação da função social da propriedade. IN: MOTA, Maurício. TORRES, Marcos Alcino. (org.) *Transformações do direito de propriedade privada*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- TEPEDINO, Gustavo (org.) *Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008
- \_\_\_\_\_; SCHREIBER, Anderson. *A garantia da propriedade no direito brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 6 - Junho de 2005.