

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

FREDERICO THALES DE ARAÚJO MARTOS

MARIA CREUSA DE ARAÚJO BORGES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza; Frederico Thales de Araújo Martos; Maria Creusa De Araújo Borges – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-495-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito civil. 3. Contemporâneo. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

Neste ano de 2022, o V Encontro Virtual do CONPEDI elegeu como tema Direito, Inovação e Sustentabilidade. A questão da inovação e suas articulações com o Direito alcançou centralidade, sobretudo, no período da pandemia de "Coronavirus Disease" (COVID-19). A declaração da Organização Mundial da Saúde (OMS), que estávamos iniciando um período de emergência de saúde pública de interesse internacional a partir de 30 de janeiro de 2020, provocou uma disrupção na área educacional de forma súbita e sem precedentes, impactando no campo jurídico, especificamente, na formulação de normativas emergentes para dar conta dos desafios regulatórios em várias áreas da vida. Nesse quadro, o campo do Direito Civil Contemporâneo presenciou os impactos não só da pandemia, mas, também, dos arranjos feitos do ponto de vista tecnológico para suprir as lacunas normativas ocasionadas pela situação de emergência. Novos desafios surgem para o Direito Civil e são colocadas questões cruciais que resultaram desse período atípico. Nessa perspectiva, o GT Direito Civil Contemporâneo foi impactado com a formulação de novas questões de pesquisa e operacionais. Novos flancos de investigação foram abertos, necessitando de investimentos teóricos e práticos, com a devida técnica jurídica, para dar conta da resolução dos problemas. Dessa forma, o GT reuniu artigos cujos temas traduzem os impactos das novas tecnologias e da inovação no campo jurídico, sobretudo, nas áreas do Direito: registral; propriedade; imagem; personalidade; empresarial; contratos; Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), família; responsabilidade civil, entre outros. Destaca-se que o debate foi profícuo e participativo. Enfatiza-se, também, a necessidade de investimentos teórico-práticos no campo do Direito Registral, bem como foram destacados os avanços presenciados nessa área. Não restam dúvidas que o Direito Civil está sendo reformulado com a incorporação dos avanços tecnológicos e da inovação. O próximo evento será promissor com o destaque, ainda maior, desses impactos no campo do Direito Privado.

ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL

CONTROVERSIAL ASPECTS OF JUDICIAL EXEMPLARY

Marcus Vinicius Pinto Santos

Resumo

O presente trabalho aborda pontos específicos da desapropriação judicial que ainda são objeto pouca apreciação e de muita controvérsia. Mais especificamente, analisa-se, com fundamento jurídico no texto e nos princípios constitucionais, quem deverá ser responsabilizado pelo ônus indenizatório incidente na desapropriação judicial. Através de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial e utilizando o método dedutivo, tenciona-se colaborar com o esclarecimento de tal matéria, que se apresenta divergente e carente de legislação que a integre. Ao constatar a finalidade estritamente social do instituto. Conclui-se pela responsabilidade do Estado

Palavras-chave: Desapropriação judicial, Indenização, Função social, Ônus, Usucapião

Abstract/Resumen/Résumé

Addresses specific points of judicial expropriation that are still the object of little appreciation and much controversy. More specifically, it is analyzed, with a legal basis in the text and in the constitutional principles, who should be held responsible for the indemnity burden incurred in the judicial expropriation. Through bibliographical research and using the deductive method, it is intended to collaborate with the clarification of such matter that presents itself divergent and lacking of legislation that integrates it. When verifying the strictly social purpose of the institute. Concludes by the responsibility of the State

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial expropriation, Indemnity, Social role, Onus, Adverse possession

INTRODUÇÃO

Trata-se de exposição na qual se analisa a aplicabilidade prática do dispositivo legal contido no artigo 1245 do Código Civil, mediante o qual se estipula indenização a ser paga na hipótese de desapropriação judicial.

O parágrafo 4º do artigo 1228 do Código Civil de 2002 introduz modalidade de aquisição e perda de propriedade nas hipóteses em que o imóvel consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e tais possuidores nela houverem realizado obras e serviços considerados de interesse social e econômico relevante.

Logo adiante, no dispositivo legal subsequente (parágrafo 5º do artigo 1228 do CC2002) determina-se a necessidade de pagamento de indenização ao proprietário que se viu privado do seu imóvel em decorrência dos eventos previstos no parágrafo antecedente.

Ocorre que o diploma civilista é vago e omissivo no que diz respeito à regulamentação da indenização a ser paga ao proprietário. O parágrafo 5º do artigo 1228 do CC2002 somente prevê que será devida a justa indenização àquele que sofreu a perda da propriedade imóvel, mas não tece maiores detalhes à questão no que diz respeito sobre quem deverá recair tal ônus.

Assim, em decorrência da relevância do tema e do seu significativo potencial de benefício social, torna-se imperioso perscrutá-lo, a fim de expor solução prática compatível e coerente com o sistema jurídico constitucional, capaz de se apresentar com a devida aplicabilidade prática para o caso em questão.

Utilizando-se do método dedutivo, tenciona-se colaborar com o esclarecimento desse tema que ainda se apresenta bastante controverso e carente de legislação que o integre. Objetiva-se com tal investigação contribuir com a elucidação de obscuridades relacionadas ao tema, apresentando o fundamento jurídico necessário capaz de integrar tal matéria, de modo a efetivamente viabilizar a sua aplicabilidade prática, tendo em vista que o instituto se apresenta subutilizado e subaproveitado na prática. Para tanto, utiliza-se de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, buscando apresentar posicionamentos que possam definir a posição mais adequada do tema, de forma a possibilitar o seu maior aproveitamento na realidade prática.

1 DESAPROPRIAÇÃO E USUCAPIÃO

Preliminarmente, cabe tecer algumas considerações e diferenciações acerca dos institutos acima mencionados, em razão das notáveis semelhanças existentes entre a desapropriação judicial e a usucapião urbana coletiva.

A usucapião é uma modalidade de aquisição do direito de propriedade através do exercício de posse qualificada e prolongada no tempo. É uma espécie de prescrição aquisitiva da propriedade em que o possuidor, após o preenchimento de diversos requisitos fáticos, alcança o direito de propriedade.

Já a desapropriação é a forma mais drástica de intervenção da propriedade. É uma alienação forçada do bem em nome da concretização do interesse público. O Estado adquire, através de uma espécie de compra e venda compulsória, a propriedade de alguém, a fim de realizar nesse bem, ou por ele, algum fato reconhecido como de interesse público. Tem-se como principal fundamento da desapropriação a superioridade do interesse público sobre o interesse particular. Trata-se de uma apropriação forçada de um bem específico para utilizá-lo em benefício da coletividade, visando a satisfazer uma necessidade ou utilidade pública ou um interesse social.

Enquanto na usucapião não há que se falar em qualquer pagamento de indenização ao proprietário, na desapropriação, para sua consumação, em regra, é irrelevante qualquer discussão acerca do exercício da posse. Ou seja, na usucapião não é devida nenhuma indenização e, na desapropriação, a posse é um requisito que não impede de nenhuma forma a aquisição da propriedade através do processo expropriatório.

Apesar das flagrantes diferenças existentes entre ambos os institutos, há alguns requisitos e características comuns existentes entre a usucapião coletiva urbana, prevista no artigo 10 do Estatuto da Cidade, e a desapropriação judicial prevista nos parágrafos 4º e 5º do artigo 1228 do CC2002, também conhecida como desapropriação privada (FREITAS, p.231, 2017). No que diz respeito à desapropriação judicial, pode-se afirmar que há uma finalidade social do texto legal, de modo a efetivar a regularização de ocupações irregulares, bem como promover o direito de moradia dos seus ocupantes que, na grande parte dos casos, são grupos de pessoas de baixa renda e com poucas condições de acesso ao direito de propriedade

Diferente do que ocorre com a usucapião em que a perda da propriedade se traduz em uma espécie de sanção natural pela negligência do proprietário no exercício do seu direito de propriedade, na desapropriação judicial, há uma intervenção estatal que visa a regularizar e compensar o proprietário pela perda de seu bem. A atuação estatal visa a compor o interesse do proprietário e dos possuidores. No caso da desapropriação judicial, há uma situação fática de ocupação irregular previamente estabelecida, em que as pessoas que ali se encontram estabeleceram permanentemente naquele local a sua moradia e a sua vida, de modo que restou-se praticamente impossível a reversão de tal ocupação. Ou seja, diante do contexto fático

instalado, tornou-se praticamente impossível a retirada dessas pessoas daquele local. Nesse sentido :

Nesses casos, objetiva-se evitar a retirada de famílias que ocupam o imóvel de forma consolidada, onde a ocupação é fisicamente irreversível, mas ao mesmo tempo impedir que o proprietário suporte um sacrifício desarrazoado. Daí a necessidade da desapropriação vir acompanhada da justa indenização. (FAGUNDES 2017, p.32)

Diante da evidente impossibilidade fática e dos imensos prejuízos individuais e coletivos advindos de uma retirada forçada de tais grupos de pessoas em ocupações irregulares já há tempos consolidadas, encontrou a legislação uma alternativa viável que resguarde o direito de tais ocupantes bem como que assegure o direito dos proprietários que sofrem a perda da propriedade do bem ocupado.

2 AGLOMERADOS SUBNORMAIS NO BRASIL

Os assim denominados aglomerados subnormais designam as diversas espécies de ocupações irregulares para fins de moradia e estabelecimento nos espaços urbanos. No Brasil, chama a atenção a considerável parcela da população que vive nesses espaços ocupados irregularmente. De acordo com estimativas do IBGE(Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), no Brasil, há mais de 5 milhões de domicílios localizados em aglomerados subnormais; essa expressão é utilizada para designar as diversas ocupações irregulares existentes, abrangendo, inclusive, as favelas. Significam o espaço urbano mediante ocupantes adotam como moradia determinado espaço territorial desprovido de qualquer regularização fática ou jurídica. Na definição do IBGE:

Aglomerado Subnormal é uma forma de ocupação irregular de terrenos de propriedade alheia – públicos ou privados – para fins de habitação em áreas urbanas e, em geral, caracterizados por um padrão urbanístico irregular, carência de serviços públicos essenciais e localização em áreas com restrição à ocupação. No Brasil, esses assentamentos irregulares são conhecidos por diversos nomes como favelas, invasões, grotas, baixadas, comunidades, vilas, ressacas, loteamentos irregulares, mocambos e palafitas, entre outros. (BRASIL, 2020, p.03).

É uma situação fática que se concretiza em dissonância e desacordo com o plano jurídico, de modo que tais ocupantes possuidores, em razão de tal informalidade, em tais espaços, vêm-se privados da prestação de serviços públicos básicos, além de não possuírem nenhuma segurança jurídica acerca dos seus direitos adquiridos sobre tais bens. Além disso, cabe salientar que em número considerável dos casos, tais ocupações se dão em locais nos quais não é recomendável qualquer edificação, em razão da instabilidade do solo e até mesmo pela inobservância das normas urbanísticas previamente estabelecidas. Desse modo, fica evidenciado quão fragilizada é a condição de tais possuidores que, além de restarem

desprovidos dos direitos acima mencionados, ainda dependem da efetivação de tais normas para receberem a devida tutela protetiva estatal.

Convém registrar o crescimento de tais domicílios nessas ocupações irregulares, bem como do número de cidades nas quais tais aglomerados subnormais encontram-se localizados: Conforme mesmo levantamento do IBGE, em 2019, havia 5.127.747 de domicílios ocupados, distribuídos nos 13.151 aglomerados subnormais no País, localizadas em 734 Municípios em todos os Estados da Federação, incluindo o Distrito Federal (BRASIL, 2020, p.13). Em 2010, havia 3.224.529 domicílios, em 6.329 aglomerados subnormais, em 323 cidades, segundo o último Censo (BRASIL, 2020, p.11).

Esse exponencial crescimento revela a dificuldade de se implementar na prática as providências dispostas em tais dispositivos. Obviamente, em razão da extrema complexidade multifatorial das causas de tais números adversos, não se tem a pretensão de aqui abordar os fatos e circunstâncias que contribuíram para tal realidade. Todavia, costuma-se atribuir o adverso quadro atual de tais ocupações a inúmeros fatores como o difícil acesso ao regular direito de moradia e de propriedade, ao desemprego, às desigualdades social e econômica, à fragilidade da rede de transportes, da ausência de políticas habitacionais e da precariedade do mercado de trabalho e etc. (GONÇALVES, 2013, p.28)

Ainda que a apresentação de quadro tão desfavorável e suas causas não se revele como o ponto central do presente trabalho, esse triste cenário deve ser anunciado e denunciado, a fim de que se identifiquem as possíveis circunstâncias e razões pelas quais a realidade fática tem tanta dificuldade de corresponder à realidade jurídica.

Assim, resta evidente o imenso alcance e a sub aplicação dos dispositivos legais relativos à desapropriação judicial, tendo em vista que o mesmo pode ser utilizado como mais um instrumento de concretização do direito de moradia. Não obstante a adversa realidade fática acima mencionada, ainda há que se enfrentar celeumas, omissões e obscuridades na realidade jurídica desse instituto, tais como aspectos inerentes à indenização aplicável ao caso, ponto que se revela como o fulcral do presente trabalho.

3 DIREITO À MORADIA E DIREITO À PROPRIEDADE

Cumprе salientar que este trabalho não tem qualquer pretensão de desenvolver ou aprofundar nenhum dos direitos elencados acima, em razão da relativa superficialidade daquele e da extrema complexidade de fato e de direito que envolve o direito à moradia e o direito à

propriedade. Todavia, é de bom alvitre tecer algumas considerações gerais sobre eles objetivando uma melhor imersão no tema principal deste trabalho.

Inicialmente, é conveniente destacar que direito à moradia e direito à propriedade são institutos distintos, estando eles inseridos na Constituição Federal de 1988 em capítulos diversos, sendo que o direito à moradia encontra-se previsto no capítulo relativo aos direitos sociais e o direito à propriedade, no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos.

Necessário se faz destacar que tanto os direitos individuais como os sociais são reconhecidos como direitos fundamentais(FERNANDES 2019, p.819), inclusive ambos estão inseridos no Título II(Dos direitos e garantias fundamentais) da Constituição Federal de 1988 , todavia são os direitos sociais que impõem ao Estado uma conduta comissiva no sentido de promover concretamente os direitos previstos como sociais em benefício dos seus destinatários e, indiretamente, a toda a coletividade.

Enquanto o direito à propriedade surge como um direito individual e coletivo em que se caracteriza por ser precipuamente uma limitação ao Estado à coletividade, no sentido de estes terem o dever de respeitar o direito de propriedade de outrem, de modo que é proibida qualquer intervenção estatal ou particular, salvo nos casos onde haja uma fundamentação constitucional para tanto(NOVELINO, 2013, p.533). O direito à moradia se constitui como um dos direitos previstos como direitos sociais em que também se espera uma ação afirmativa e programática do Estado no sentido de concretização de tal direito. E os direitos sociais estão positivados na Constituição de 1988 como direitos que devem ser implementados concretamente pelo Estado. Ou seja, no que diz respeito ao direito social de moradia, há uma expectativa de que o Estado atue de forma específica para promover e realizar concretamente o direito de moradia do cidadão(SARLET, 2012, p.551). Isso se dá através de políticas públicas e/ou ações afirmativas em que o Estado se concentre na promoção de determinado direito social.

Conforme mencionado, os direitos sociais são caracterizados por serem direitos a uma prestação concreta do Estado na realização fática do direito social. Grande parte das vezes, a concretização de tais direitos sociais encontra obstáculos intransponíveis diante da falta de recursos materiais para sua implementação, havendo grande controvérsia na doutrina e já jurisprudência acerca de qual seria a medida ideal de concretização do direito de moradia(SARLET, 2012, p.591). Entretanto, eventual e episódica impossibilidade orçamentária para concretização de direitos sociais também não exonera o Estado do dever de busca constante e permanente da realização de tais direitos e/ou da adoção de políticas públicas que favoreçam a implementação dos direitos sociais.

Nesse sentido, o Estado deve ter um comportamento de busca permanente pela consecução do direito de moradia dos cidadãos desprovidos desse direito, seja atuando concretamente através de ações afirmativas que proporcionem a efetiva realização prática do direito de moradia, seja fomentando a efetividade da obtenção desse direito através da atuação da iniciativa privada. Ou seja, de toda forma, o direito de moradia é um direito social que impõe uma postura estatal proativa que proporcione um ambiente favorável ao máximo para a obtenção do direito de moradia para a população que dele é desprovido. É um dever permanente do Estado e eventual dificuldade orçamentária não é capaz de o isentar de tal ônus. O Estado tem o dever de atuar tanto concretamente, quando o orçamento assim permitir, quanto juridicamente, através do fomento de ambientes jurídico e fático favoráveis à realização desse direito.

Em tal contexto, a desapropriação judicial surge como um mecanismo jurídico em plenas compatibilidade e sintonia com a realização do direito de moradia e com o direito de propriedade. É um instituto dotado de potencial efetividade, tendo em vista que é capaz de promover o direito de moradia, regularizando situações fáticas consolidadas que necessitam de uma intervenção estatal para o reconhecimento da sua legitimidade. Pode ele vir a ser bastante eficaz já que é capaz de conceder e regularizar o direito de moradia de população carente de País, que é desprovido de tal direito.

Cumprir destacar que a desapropriação judicial privada não se restringe aos imóveis urbanos, podendo também ter como objeto os imóveis rurais, todavia oportuno se faz reiterar e reiterar a conveniência da sua utilização como instrumento de concretização do direito de moradia, em razão da extrema relevância desse direito, bem como da obrigação imposta ao Estado pela própria natureza de tais direitos sociais. Ou seja, é benéfico que haja diversos meios de promoção do direito social de moradia, devendo-se, permanentemente, fomentar o aperfeiçoamento e a ampliação dos mecanismos jurídicos que possam servir como instrumentos para sua realização fática.

Assim, apesar das celeumas envolvidas no instituto da desapropriação judicial, decorrentes do seu ineditismo e das suas omissões e obscuridades normativas, é inegável que esse instituto se encontra em consonância com diversos princípios e objetivos constitucionais como o da dignidade humana e a redução das desigualdades e erradicação da pobreza e da justiça social. Isso pela possibilidade de ele poder se converter em um instrumento eficaz de concretização do direito constitucional social de moradia de população carente do País.

4 DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL

A desapropriação é uma das formas de intervenção do Estado na propriedade. É considerada como a modalidade mais drástica e radical de ingerência no direito de propriedade. Isso é justificável pelo fato de que na desapropriação há uma completa supressão do direito de propriedade, diferente do que ocorre com outras modalidades de intervenção do direito de propriedade como a limitação administrativa ou a servidão administrativa, nas quais o direito de propriedade sofre uma restrição, mas não é suprimido. CARVALHO FILHO destaca que

“a intervenção estatal na propriedade poderá ser, de um lado, restritiva, através da qual o Poder Público retira algumas das faculdades relativas ao domínio, embora salvasse a propriedade em favor do dono; de outro, a intervenção supressiva, que gera a transferência da propriedade de seu dono para o Estado, acarretando, por conseguinte, a perda da propriedade” (CARVALHO FILHO(2005, p.647)

Obviamente, uma ingerência tão agressiva em determinada esfera jurídica provoca danos injustos que, até por uma questão de bom senso e razoabilidade, não pode ser desprovida de uma contraprestação equivalente. Certamente que precisam ser compensados os prejuízos acometidos ao proprietário privado do seu bem até mesmo como corolário do princípio da solidariedade social, aplicável à responsabilidade civil do Estado, mediante a qual o Ente estatal deverá compensar o direito individual por ele violado pelo fato de o Estado representar a coletividade. Nesse sentido :

O Estado não pode causar prejuízo a ninguém e, muito menos, a alguns membros da coletividade em benefício dos demais. Esse entendimento deriva do princípio da solidariedade social. De fato, se o bem-estar da sociedade exige o sacrifício de um, ou de alguns de seus membros em benefício dos demais, aquele ou aqueles que foram prejudicados devem ser indenizados pela Administração, ou seja, por todos.(LAVOR, 2019, p.708)

Inegável, portanto, o direito à indenização devido ao proprietário que se viu privado do seu direito de propriedade. Tal ressarcimento corrobora com o comando constitucional que condiciona a desapropriação, bem como com os postulados de eticidade, socialidade, concretude e boa-fé.

No que diz respeito à desapropriação judicial, todavia, alguns pontos específicos precisam ser examinados apartadamente, em razão das suas marcantes particularidades.

Não obstante ser legítima a indenização pela perda da propriedade na hipótese de desapropriação, tratando-se da chamada desapropriação judicial, há um contexto prévio de inocorrência de função social do bem em questão que precisa ser levado em consideração antes de se fixar em definitivo o montante devido. Ou seja, salvo hipóteses excepcionais, somente estarão presentes os requisitos fáticos da desapropriação judicial se houve uma prévia inércia

do proprietário na destinação social do seu bem. E, em tais situações de descumprimento de função social da propriedade pelo seu proprietário, torna-se necessário um exame mais detido a fim de se estipular a mais justa indenização a ser fixada para o caso.

Nos termos do que consta nos parágrafos 4º e 5º do artigo 1228 do Código Civil de 2002, é possível asseverar que a desapropriação judicial é a perda e aquisição de propriedade pela configuração dos requisitos fáticos e jurídicos que estão inseridos nos mencionados dispositivos legais. Através de decisão judicial que reconhece a hipótese de desapropriação, um grupo de pessoas que exerceu a posse sobre determinada área adquire o domínio sobre tal bem e, conseqüentemente, o proprietário do mencionado imóvel vem a perder o seu direito de propriedade em decorrência da aquisição narrada. Esse processo é viabilizado mediante indenização a ser paga ao proprietário privado da coisa. NAKAMURA assim pontua:

A desapropriação judicial é a decisão judicial que declara que o proprietário de imóvel considerado de área extensa não mais terá o direito de reavê-lo, tendo direito somente à indenização, em razão da posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas que realizaram obras e serviços de interesse social e econômico relevante (NAKAMURA, 2016, p.151).

Trata-se de hipótese de intervenção estatal na propriedade através de ordem judicial expropriatória. É uma forma de concessão de acesso ao direito de moradia a grupos de pessoas carentes que ocupem determinada área e nela realizem obras e serviços de relevantes caráter social e econômico. É um instituto de pouca utilização prática (GAGLIANO, 2006, p.200) e de constitucionalidade questionável. Já numa primeira análise, torna-se possível questionar a sua compatibilidade com a CF/88 em decorrência de dois dos seus aspectos: o primeiro, por se tratar de um processo expropriatório deflagrado pelo Poder Judiciário, fato que colide frontalmente com a competência para desapropriar previamente reservada ao Poder Executivo, configurando, assim, uma violação ao Princípio Constitucional da Separação de Poderes; o segundo, por tentar burlar a regra constitucional que condiciona a perda da propriedade, em regra, à contraprestação mediante justa e prévia indenização; o fato de o parágrafo 4º e 5º do artigo 1228 se calarem diante de questão de tamanha importância (sobre como se dará a indenização) depõe contra a sua legitimidade e constitucionalidade.

Carlos Alberto Dabus Maluf reconhece como inconstitucional a desapropriação judicial por se revelar uma forma de confisco da propriedade, sem que haja correspondente previsão específica na Constituição Federal de 1988:

Tal forma de usucapião aniquila o direito de propriedade previsto na Lei Maior, configurando um verdadeiro confisco, pois, como já dissemos, incentiva a invasão de terras urbanas, subtrai a propriedade do seu titular, sem ter ele direito a qualquer indenização. (MALUF, 2002, p.1099)

A análise acerca da constitucionalidade do dispositivo legal que introduz a desapropriação, contudo, exigiria um exame mais complexo e aprofundado da questão, fato que se revela incompatível com a proposta e com o tema do presente trabalho. De toda forma, a sugestão de declaração de inconstitucionalidade do mencionado dispositivo não parece ser uma proposta a ser prontamente desconsiderada e já encontra respaldo na doutrina (NAKAMURA, 2016, p.152).

5 DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Não obstante, merece menção proposta do referido autor no que diz respeito à legitimidade da desapropriação judicial como forma de se promover o direito à moradia, bem como de se da efetividade à função social da propriedade. Nessas hipóteses, aponta-se para o Estado a responsabilidade pela contraprestação indenizatória e condiciona-se a imposição de tal ônus à adequação orçamentária estatal e à observância da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº101/2000):

Mesmo sendo o direito à moradia um direito social, a concretização dele depende da existência de verbas orçamentárias. Dessa forma, o Poder Judiciário não poderá, simplesmente, condenar o Poder Público a pagar a indenização ao proprietário de todo imóvel sujeito à disciplina de desapropriação judicial, sob pena de impossibilidade de cumprimento da referida decisão por falta de recursos orçamentários. A Constituição Federal, no art. 167, veda a o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual, bem como a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais. Ademais, a Lei Complementar 101/2001 determina, em seu art. 16, que a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa deverá acompanhado de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes e de declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias. Tais condições são condição prévia para a desapropriação de imóveis urbanos (§ 4º, II do art. 16) (NAKAMURA, 2016, p.164)

De fato, não se pode apresentar soluções inconsequentes e irresponsáveis para questões que envolvem tantos interesses relevantes para toda a coletividade. Necessário se faz lembrar que os recursos do Estado são os recursos de todos os seus cidadãos, de modo que o empobrecimento do ente estatal nada mais é do que o empobrecimento de toda a coletividade. Pelo menos em teoria, os interesses do Estado são os interesses da sociedade. É preciso esclarecer que a solvência estatal depende diretamente do equilíbrio indispensável que deve existir entre o que o Estado arrecada e o que ele gasta. Desse modo, pretender atribuir ao Estado todos os ônus econômicos que, por ventura, surjam é um fenômeno que certamente prejudicará direta e indiretamente todos os seus cidadãos. Eventual insolvência fiscal do Estado certamente

o impedirá de exercer as suas competências da forma devida e a prestação dos serviços públicos e as demais atividades de Estado indubitavelmente restarão prejudicadas.

Contudo, faz-se imperioso destacar a proeminência do direito em questão. Tem-se no caso um dos direitos de maior relevância dentre todos os direitos individuais, que é a promoção do direito de moradia às pessoas de baixa renda.

O direito à moradia é o direito que confere sustentáculo a outros direitos básicos que compõem o mínimo existencial para uma vida digna com um mínimo de bem-estar.

Somado a isso, tem-se que o ordenamento constitucional condiciona a legitimidade do direito de propriedade ao efetivo cumprimento da sua função social, de forma que não receberá a devida proteção constitucional a propriedade que estiver em desacordo com as exigências configuradoras da sua função social, conforme preceituam os incisos XXII e XXIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Desse modo, os principais princípios e objetivos constitucionais estão em plena sintonia com desapropriação judicial, ainda que se atribua ao ente estatal a responsabilidade pela indenização nas hipóteses genuínas, tendo em vista que estão em plena consonância com a promoção do direito de moradia da parcela carente do País e com o princípio da função social da propriedade(FREITAS, 2017, p.187).

O desígnio precípua da desapropriação judicial é promover o acesso ao direito de propriedade à população que não possui meios nem recursos capazes de possibilitar o seu acesso a tal direito, corroborando, assim, com diversos princípios e objetivos constitucionais, tais como o princípio da dignidade humana(inciso III do artigo 1º da CF/88) e os objetivos de redução das desigualdades sociais e econômicas e erradicação da pobreza e marginalização social(inciso III do artigo 3º da CF/88). A desapropriação judicial é mecanismo que vai ao encontro da promoção de justiça social, política essa indispensável para um país tão desigual como o Brasil. Tal fato confere legitimidade e razão relevante ao argumento que atribui a indenização ao Estado. Nesse sentido:

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.O Magistrado atua como agente do Estado ao determinar a indenização. Com efeito, o instituto que diz mais de perto com o direito administrativo, permite a transferência compulsória da propriedade e, no particular, autoriza que essa transferência seja realizada com escopo de propiciar justiça social, supondo a utilização inadequada do direito de propriedade. Busca, outrossim, o atendimento da função social da propriedade compatível com o bem estar da coletividade.(CASTRO, 2002, p.03)

Além da promoção de justiça social, necessário se faz destacar, por outro lado, a necessidade de cumprimento de função social para a efetiva proteção do direito de propriedade,

tendo em vista que o dispositivo legal exige para a caracterização da desapropriação judicial, a concretização de obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. Assim, a configuração do cumprimento de função social se verifica num duplo aspecto, tanto no que diz respeito à promoção da justiça social, ao assegurar o direito de moradia a grupo pessoas carentes, bem como com a realização de obras e serviços de relevante interesse econômico e social no local objeto do litígio. Conforme as lições de DOS SANTOS:

O ser humano conquistou o direito à moradia com a consagração de um direito fundamental ligado ao valor igualdade. Consiste num direito de segunda geração idealizado no século XX decorrendo da exigência de prestações materiais e jurídicas por parte do Estado por atuação positiva, no sentido de reduzir as desigualdades no plano fático. Deve o Poder Público, na implementação das políticas públicas, inserir o direito à moradia como fator indispensável na ordenação de despesas orçamentárias. É possível a implementação de políticas públicas viabilizando o direito à moradia às populações de baixa renda que completarem os requisitos para a posse de boa-fé na desapropriação privada judicial por posse trabalho, como instituto recente e que merece aplausos ao legislador brasileiro. (DOS SANTOS, 2012, p.127)

Além do aspecto extremamente favorável no sentido de se implementar na prática o direito social de moradia, necessário se faz mencionar que o cumprimento da função social da propriedade é exigência constitucional que, provavelmente, não se identificava em momento anterior às ocupações nas hipóteses deflagradoras de desapropriação judicial. Nesse sentido:

A desapropriação judicial está a serviço da solução de um conflito que envolve a propriedade privada de um agente que não lhe dava função social – razão pela qual há exigência dos cinco anos - e famílias que necessitam da posse como moradia. Essa pequena ida ao fenômeno já permite, por exemplo, afastar a desapropriação judicial daqueles que já possuem residência, por exemplo. (CARNEIRO, 2008, p.10)

Desse modo, almeja-se implementar a função social da propriedade promovendo, conseqüentemente, o direito de moradia de parte da população que não possui acesso ao direito de propriedade imóvel. A recíproca também é verdadeira. Ou seja, tenciona-se promover o direito de moradia conferindo a função social ao bem imóvel.

A finalidade do instituto é assegurar o direito à moradia, previsto no art. 6º da Constituição Federal, bem como a função social da propriedade, visto que ocasiona a perda de uma das faculdades do proprietário, qual seja, o direito de sequela, em favor dos ocupantes que realizaram obras e serviços de interesse social no imóvel. Também, visa o instituto a fomentar a função social da propriedade, punindo severamente o proprietário que abandona seu imóvel, deixando que ocupações se consolidem pelo tempo.(NAKAMURA, 2016, p.150)

6 INDENIZAÇÃO DEVIDA PELA DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL

Além de se tratar do tema fulcral do presente trabalho, a abordagem acerca da responsabilização pela indenização se revela a questão mais tempestuosa da desapropriação

judicial. Questão extremamente controvertida na doutrina e na jurisprudência é a de se esclarecer quem será o legítimo responsável pela indenização devida no processo de desapropriação judicial (ARAÚJO NETO, 2012, p.83).

Resta necessário elucidar se o ônus indenizatório recairá sobre o Poder Público ou sobre os particulares que se tornarão os proprietários da área através da desapropriação judicial. Elucidada tal questão, caso prevaleça o posicionamento que acomete ao Estado o ônus indenizatório, passa-se a se enfrentar a indagação acerca de qual ente estatal deveria ser responsabilizado.

No que diz respeito a sobre quem deverá recair o ônus indenizatório, mais uma vez se estabelece a celeuma, tendo em vista que há entendimentos que atribuem o referido ônus tanto às pessoas públicas como aos particulares. Araújo Neto assim pontua :

Ousamos discordar do avanço no entendimento a imputar responsabilidade patrimonial do Estado. Obrigar o Estado, qualquer que seja o ente federado, ao pagamento indenização é solução contraditória, visto que o próprio Estado determinou ao particular o cumprimento da função social da propriedade, logo o descumprimento desta somente pode gerar implicações em face do infrator, mas nunca em desfavor do já ofendido Estado, de onde emanam as diretrizes políticas do social. Nessa rota, cabe aos particulares o pagamento da indenização. Quem pode paga, quem não pode resta devedor e a ele aplicam-se as regras materiais obrigacionais processuais, inclusive com a suspensão do feito até surgir patrimônio que possa satisfazer crédito do ex-proprietário. (ARAÚJO NETO, 2012, p.86).

Deve ser levado em consideração tal proposta até pelo fato de se mostrar condizente com o que, por consenso, decidiu-se designá-la como uma desapropriação privada. Ora, de fato, sendo ela uma modalidade atípica de desapropriação em que a sua promoção se dá através da ação de agentes privados, natural que exima a participação estatal na sua realização. De fato, devem ser considerados a fundamentação e o posicionamento acima descrito.

Entretanto, não se pode perder de vista a finalidade para a qual o instituto foi criado. A desapropriação judicial tem como finalidade precípua fomentar e promover a concretização do direito de moradia de parcela carente da população, isso em sintonia e de modo a estabelecer uma conexão com o princípio da função social da propriedade. Imputar aos particulares carentes o ônus indenizatório desconfiguraria o instituto e, possivelmente, o inviabilizaria, tendo em vista que é bastante provável que os ocupantes não detenham condições materiais de arcar com o pagamento da indenização.

Apesar de, em teoria, o posicionamento favorável à imputação da responsabilidade pelo pagamento da indenização aos particulares se apresentar uma proposta coerente e compatível com o ordenamento jurídico e com o Direito, em termos práticos, ela se revela despicienda, já que, provavelmente, a responsabilização dos particulares inviabilizaria o

instituto, tornando-o inaplicável no plano fático. Ora, se os particulares já detêm condições de adquirir alguma propriedade, certamente eles não invadiriam nem se estabeleceriam em área de terceiros, correndo o risco de serem dali retirados abruptamente em qualquer momento, através de alguma providência judicial ou extrajudicial que recupere a posse da coisa e confira ao legítimo titular do domínio. Assim, é evidente que a imposição da indenização aos particulares compromete consideravelmente a aplicabilidade prática do instituto.

Desse modo, conforme, preceitua o entendimento dos enunciados do CJF, tornar-se-á mais efetivo o instituto da desapropriação judicial, caso a responsabilidade da indenização seja atribuída ao Estado. Esse entendimento se revela em consonância com a finalidade principal da desapropriação judicial que é promover o direito de moradia de pessoas de baixa renda que são desprovidas de meios de acesso ao direito de propriedade. A indenização devida pelo Estado ainda corrobora com o princípio da solidariedade social e se traduz numa ação afirmativa estatal na consecução e realização dos objetivos constitucionais da redução da pobreza, das desigualdades sociais e econômicas e da marginalização social.

A fixação da responsabilidade indenizatória ao Estado impõe ainda a solução da indagação sobre qual ente estatal deverá recair tal ônus. No tocante a esse tema, apesar de não haver posicionamento estabelecido dos tribunais superiores, parece mais condizente com o texto constitucional a tese que imputa aos Municípios o ônus indenizatório quando se tratar de imóveis urbanos e à União quando se referir a imóveis rurais. Isso em razão de serem os Municípios os constitucionalmente competentes para estabelecerem a política urbana territorial e o plano diretor municipal, bem como a implementarem e darem efetividade a tal plano. Além disso, são os Municípios os responsáveis pela desapropriação pelo descumprimento da função social urbana, competindo a eles o referido processo expropriatório quando o imóvel urbano não cumprir a sua função social. E, no que diz respeito aos imóveis rurais, a responsabilidade indenizatória recai sobre a União por ser o ente responsável pela política territorial rural. Entretanto, pela sua própria natureza e finalidade, o instituto da desapropriação judicial é destinado precipuamente à área urbana e dificilmente ocorrerá em espaços distantes dos urbanos. Nesse sentido, Castro bem colaciona:

Ocorre que o instituto, em que pese não haver qualquer limitação expressa na legislação, foi concebido tendo em vista, especialmente os imóveis localizados em área urbana. Nessa hipótese inadmissível a aplicação direta dos mencionados dispositivos. Perceba-se, outrossim, que não é exigida, como ocorre com a usucapião, o exercício da posse com *animus domini*. Parece que o ônus será do Município em que localizada a área, haja vista que o comando do plano diretor da cidade é de competência exclusivamente municipal. Há uma co-responsabilidade na tolerância da ocupação de terrenos com a criação de verdadeiras favelas, nascidas de invasões pelos que não têm moradia. (CASTRO, 2002, p.04)

Desse modo, havendo a implementação na prática da desapropriação judicial, a solução acima proposta é a que se apresenta com maior coerência e compatibilidade do o texto e princípios constitucionais.

Não obstante a plena compatibilidade da responsabilidade estatal com os princípios e objetivos constitucionais, tem-se que a promoção do direito de moradia de pessoas carentes com o ônus estatal é fato que interessa diretamente a coletividade, tendo em vista que, na sociedade, quanto mais pessoas forem desprovidas do direito de moradia, maiores serão os problemas sociais decorrentes da falta de tal direito, tais como pobreza, violência urbana, disseminação de doenças e etc. Isso porque o direito de moradia proporciona ao seu titular o mínimo de estabilidade e de bem-estar, circunstâncias essas que, comprovadamente, impactam diretamente no comportamento dos indivíduos. A inexistência de tal direito ou a sua existência de forma completamente precária para parcela da população desencadeia diversos males que acabam atingindo de volta toda a coletividade. Desse modo, a desapropriação judicial é mecanismo salutar que deve ser fomentado e apoiado pela coletividade como mais um relevante instrumento de combate aos diversos problemas sociais existentes no Brasil. E o ônus indenizatório a ser suportado pelo Estado se fundamenta na proposta de que é razoável que a parcela da sociedade, que possui uma maior capacidade econômica, contribua, através do pagamento dos seus tributos, com o acesso ao direito de moradia de parcela mais carente da população, promovendo assim justiça social e colaborando com a redução da pobreza e das desigualdades sociais e econômicas notadamente existentes no País.

O acometimento do ônus indenizatório ao Estado não significa que tal responsabilização se dará de forma inconsequente ou irresponsável. Conforme mencionado acima, a indenização do proprietário deve se fundamentar em rigorosos critérios preestabelecidos pela Constituição e pela Lei de Responsabilidade Fiscal, além da necessidade de observância, no procedimento, dos princípios administrativos da moralidade, legalidade, impessoalidade, proporcionalidade e razoabilidade. De forma alguma, poder-se-á utilizar a desapropriação judicial para fins de locupletamento indevido do proprietário ou em desacordo com os interesses e capacidades da Administração Pública. As finalidades de promoção do direito de moradia e de função social da propriedade não podem ser desvirtuadas e devem ser o único foco da aplicação do instituto.

6.1 Enunciados do Conselho da Justiça Federal(CJF)

Os enunciados do CJF(Conselho da Justiça Federal) traduzem-se numa espécie de direcionamento de entendimento acerca de determinado assunto de uma questão jurídica que se apresenta. Os enunciados firmados orientam o aplicador do direito a solucionar determinada situação jurídica que se encontra pendente em razão da dúvida quanto à devida aplicação do Direito ao caso concreto. Tais enunciados não vinculam nenhum operador do Direito, mas são uma referência para a solução de lacunas e omissões legislativas.

Nesse sentido, foram firmados alguns enunciados pertinentes ao tema da desapropriação judicial ou desapropriação privada. Dentre eles, é oportuno fazer menção aos enunciados 82 e 308, respectivamente, das Jornadas I e V de Direito Civil.

O enunciado 82 diz respeito à constitucionalidade da desapropriação judicial privada prevista nos parágrafos 4º e 5º do artigo 1228 do Código Civil de 2002, nos seguintes termos:”
“Art. 1.228: É constitucional a modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil”.

Conforme evidencia a redação do enunciado acima mencionado, fica reconhecida a constitucionalidade da aquisição da propriedade mediante a desapropriação judicial. Obviamente, não cabe aqui aprofundar em tal tema até mesmo em razão da sua potencial complexidade, todavia, é de bom alvitre elencar um posicionamento relevante favorável à constitucionalidade do instituto, tendo em vista que a sua fragilidade redacional aliada à sua inadequação prática ocasionaram alguns entendimentos favoráveis à declaração da sua inconstitucionalidade (STOLZE). Mas, conforme salientado, a potencial complexidade acerca do detido exame da sua constitucionalidade não permite o seu maior aprofundamento neste trabalho.

Mais pertinente ao tema central deste trabalho, apresenta-se o enunciado 308, que assim dispõe:

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.

Mais uma vez, não se exime de dúvidas acerca de quem seria o responsável direto pela indenização pela desapropriação judicial. A redação do enunciado acima citado, todavia, fornece elementos que permite concluir que a responsabilidade pela indenização deverá recair sobre a Administração Pública quando o imóvel objeto da desapropriação estiver ocupado por possuidores de baixa renda. Infelizmente, a referida sentença não se posiciona sobre qual ente

estatal deverá responder pela indenização na desapropriação judicial. Menciona-se apenas “Administração Pública” não especificando se o ônus indenizatório recairá sobre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.

Resta válida a definição de que não será cabível indenização por parte do Estado quando os ocupantes forem um grupo de pessoas dotados de considerável poder aquisitivo. Do ponto de vista fático, é algo plenamente possível de se verificar no plano concreto. Não seria rara a ocupação permanente de áreas pertencentes a terceiros por grupos de pessoas de alto poder aquisitivo. Entretanto, aventar que se recaia sobre o Estado a responsabilidade pela indenização pela desapropriação judicial de tal gleba seria um completo absurdo, pois, além de promover o enriquecimento sem causa dos já abastados ocupantes, tal hipótese estaria em total dissonância com a finalidade precípua da desapropriação judicial, bem como em desarmonia com diversos princípios e postulados civis e constitucionais, tais como a socialidade, eticidade, função social da propriedade, dentre outros; além disso, colidiria frontalmente com os objetivos constitucionais de redução das desigualdades sociais e econômicas e de erradicação da pobreza.

A simples leitura do dispositivo pertinente à desapropriação judicial já evidencia os principais desígnios do instituto, tais como a promoção do direito à moradia e da função social da propriedade urbana, assegurar o mínimo existencial, redução da pobreza e das desigualdades sociais e econômicas, promoção da dignidade humana através do acesso, formalização e regularização do direito de propriedade e etc.

De toda forma, é positiva a redação do enunciado, no sentido de encerrar qualquer dúvida sobre a possibilidade de a indenização ser de responsabilidade do Estado no caso de ocorrer ocupações de grupos de pessoas de alto poder aquisitivo.

Não obstante, é possível constatar que o enunciado 308 impõe à Administração Pública o ônus da indenização devida ao proprietário pela perda da sua propriedade, no caso de desapropriação judicial quando o imóvel for ocupado por população de baixa renda. Além disso, é necessário que haja um contexto fático de políticas públicas de reforma urbana ou agrária. Caso não ocorra algum desses eventos, a indenização deverá ser suportada pelos próprios ocupantes, na forma como dispõe o enunciado 84 da Jornada I do CJF, que assim dispõe: *“Art. 1.228: A defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (art. 1.228, §§ 4º e 5º, do novo Código Civil) deve ser argüida pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização”*.

Parece acertado o entendimento que condiciona a responsabilidade do Estado pela indenização à existência de ações afirmativas voltadas a promover a reforma urbana ou rural. Caso não houvesse maiores exigências para indenização estatal, abrir-se-ia espaço para

possíveis ocupações fraudulentas nas quais se objetivariam apenas o recebimento da indenização estatal. Ter-se-ia em tal caso uma venda disfarçada de desapropriação.

Prevalecendo o entendimento de que cabe ao Estado o referido ônus indenizatório, necessário ainda se faz apresentar uma resposta acerca de qual ente estatal estaria incumbido de tal ônus, tendo em vista que a solução apresentada pelos enunciados do CJF não especifica se a contraprestação recai será de responsabilidade da União, dos Estados, dos Municípios ou do Distrito Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A desapropriação judicial é um instituto jurídico diferenciado, dotado de particularidades que passam a exigir uma detida análise acerca das suas especificidades de modo a apresentar respostas para as omissões e obscuridades verificadas na legislação.

Conforme acima mencionado, a desapropriação judicial é um mecanismo jurídico destinado a promover o direito de moradia e a dar a devida função social da propriedade. Em alguns pontos, apresenta semelhanças com a usucapião, no sentido de estar condicionado à posse do grupo de pessoas e à realização de obras e serviços de significativa relevância. Todavia, com a usucapião não se confunde pelo fato de na aquisição da propriedade pela prescrição aquisitiva não haver que se falar em indenização pela perda da propriedade.

Assim, a desapropriação reúne alguns elementos da usucapião configuradores do cumprimento de função social e ainda se adiciona alguns requisitos próprios da forma mais drástica de intervenção na propriedade que é a desapropriação judicial.

Apesar de posicionamentos relevantes favoráveis à inconstitucionalidade da desapropriação judicial, com fundamento na falta de regulamentação constitucional específica, parece preponderar sobre tal entendimento o reconhecimento da sua constitucionalidade como forma de se promover, principalmente, o direito à moradia de pessoas carentes e, conseqüentemente, a função social da propriedade; além disso a constitucionalidade de tal instituto se revela plenamente compatível com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e com os objetivos constitucionais de redução das desigualdades sociais e econômicas, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização social.

Cabe destacar a tendência de pacificação de entendimento no sentido de se atribuir ao Estado o dever de indenizar o proprietário que se viu privado da coisa na desapropriação judicial, não obstante os respeitáveis posicionamentos em sentido contrário, nos quais se imputa aos particulares possuidores o dever do pagamento. Mais razoável se apresenta o entendimento

favorável à indenização atribuída ao Estado que tem como objetivos constitucionais a redução das desigualdades sociais e econômicas e a erradicação da pobreza, além do fato de a desapropriação judicial se apresentar como uma forma de promoção de justiça social e de cumprimento da função social da propriedade.

A promoção do direito à moradia, como corolário da dignidade da pessoa humana e da função social da propriedade, através da desapropriação judicial custeada pelo Estado, apresenta-se em plena sintonia com a finalidade do instituto, até mesmo porque dificilmente haveria a sua implementação prática se fosse exigida da população carente o ônus correspondente à indenização ao proprietário desapropriado. Conforme mencionado anteriormente, é bastante improvável que o grupo de pessoas de baixa renda que se insere nas características da desapropriação judicial detenha meios ou recursos de se ter acesso ao direito de propriedade. Caso assim fosse, certamente, eles não se sujeitariam a uma ocupação irregular e precária de uma propriedade, na qual correriam o risco permanente de dela serem alijados a qualquer momento.

Desse modo, o direcionamento proposto pelo Enunciado 308 do CJF indica a solução mais coerente e apropriada no que diz respeito a sobre quem recairá o ônus indenizatório. O referido enunciado atribui à Administração Pública a responsabilidade pela indenização no caso de desapropriação judicial.

Vencida tal indagação, ainda se faz necessário especificar qual ente estatal será responsabilizado nas hipóteses em que se promover efetivamente a desapropriação judicial. E aqui, também, apresenta compatibilidade com o ordenamento jurídico constitucional o posicionamento que atribui o ônus indenizatório ao Município, quando se tratar de imóvel urbano, e à União quando a desapropriação judicial tiver por objeto bem imóvel rural. Tais imposições estão fundamentadas na competência constitucional de desapropriação de cada ente, competindo aos Municípios essa responsabilidade por ser tal ente o responsável pela política territorial urbana e, de modo semelhante, à União por ser esse o ente competente para estabelecer a política territorial rural; sendo que a Constituição Federal de 1988 estabelece a competência dos Municípios para desapropriar os imóveis urbanos quando esses não estejam cumprindo a sua função social e, de modo similar, compete constitucionalmente à União a desapropriação de imóveis rurais que não estejam cumprindo a sua função social.

Apesar de a responsabilização acima mencionada se revelar em sintonia com o comando constitucional acerca da matéria, fato é que a desapropriação judicial é um instituto destinado a incidir sobre as áreas urbanas irregularmente ocupadas por grupos de pessoas de baixa renda. Sendo assim, fato é que a responsabilização pela indenização provavelmente

recairá sobre o Município pelo fato de ser o responsável pela política urbana territorial, bem como o competente para elaborar e dar efetividade ao plano diretor municipal.

Não obstante a relevância da desapropriação judicial, cumpre ressaltar que se trata de um instituto que é pouco utilizado na prática. Além disso, as celeumas aqui abordadas ainda se apresentam como questões bastante controvertidas. Ainda não se tem um posicionamento jurisprudencial mais robusto dos tribunais superiores que se apresente como uma referência maior para suprir as omissões normativas do instituto. Em razão da relevância do instituto, bem como do significativo benefício social que ele pode gerar na prática, necessário se faz que haja uma apreciação mais detida do tema, a fim de solucionar as suas pendências e, assim, conferir efetividade na sua aplicação.

REFERÊNCIAS

ARAUJO NETO, Henrique Batista de. **A envergadura constitucional da posse qualificada na desapropriação privada**. 2012. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE- Rio de Janeiro, 2020 Disponível em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101717_apresentacao.pdf . Acesso 07 out 2021.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE- Rio de Janeiro, 2020 Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/27728-quase-dois-tercos-das-favelas-estao-a-menos-de-dois-quilometros-de-hospitais> . Acesso 07 out 2021.

CARNEIRO, Wálber Araujo. **O novo código civil e as políticas públicas** Uma análise da desapropriação judicial. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, v. 102, n. 102, 2008.

CASTRO, Mônica. **A desapropriação judicial no novo Código Civil**. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, v. 1, n. 1, 2002.

DE AZEVEDO PINHEIRO HOSHINO, Thiago; DESCHAMPS MEIRINHO, Bruno César; PINTO COELHO, Luana Xavier. **A usucapião especial urbana como instrumento de**

regularização fundiária plena: desafios para um giro hermenêutico rumo à nova ordem jurídico-urbanística. Direito da Cidade, v. 9, n. 3, 2017.

DOS SANTOS, Raphael Pereira; DE CASTRO AGUADO, **Juventino.** **Políticas públicas na implementação da moradia na desapropriação judicial privada por posse-trabalho.** Revista Paradigma, n. 21, 2012.

FAGUNDES, André. **A DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO SUSTENTÁVEL DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE NÚCLEOS URBANOS INFORMAIS CONSOLIDADOS.** 2017. Tese de Doutorado. Universidade de Coimbra.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional /Bernardo Gonçalves Fernandes, 11 ed.,rev., atual., e ampl., - Salvador:Ed.Juspodium , 2019.

FREITAS, Rodrigo Cardoso et al. **A concretização dos direitos fundamentais de posse, propriedade e moradia por meio da desapropriação judicial privada indireta.** 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Controvérsias constitucionais acerca do usucapião coletivo. **Revista Jus Navigandi, Teresina, ano, v. 11, 2006.**

GONÇALVES, R.S. Favelas do RJ –**História e direito.** Rio de Janeiro: Ed. PUC Rio, 2013.

LAVÔR, Amanda Rodrigues; DE CASTRO PINTO, Eduardo Régis Girão. **A responsabilidade civil à luz do princípio jurídico-constitucional da solidariedade social.** REVISTA QUAESTIO IURIS, v. 12, n. 3, p. 696-714, 2019.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Novo Código Civil Comentado** (coord.: Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2002.)

SARLET, Ingo Wolfgang- **Curso de direito constitucional/Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero .-** São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. **As alterações da lei nº. 13.465/2017 na usucapião especial urbana coletiva: questões materiais e processuais.** Revista de Direito da Cidade, v. 11, n. 2, p. 337-367, 2019.