

O EQUÍVOCO DO JUDICIÁRIO PERANTE A INEFICÁCIA DAS CESSÕES DE DIREITOS DE IMÓVEL PÚBLICO

Mara Silda Nunes de Almeida

THE INEFFICACY OF CESSION RIGHTS
OF PUBLIC PROPERTY

RESUMO

O Distrito Federal tem grave problema de ocupação do solo com frequentes invasões de áreas públicas e parcelamento irregular do solo, em total desrespeito às normas urbanísticas e ambientais, causando sérios prejuízos para a população local. A cessão de direitos tem sido frequentemente utilizada como instrumento para transferir imóveis, mas quando esse instrumento tem por objeto imóvel público, não possui nenhuma eficácia jurídica e, portanto, não assegura ao cessionário direito algum. Demonstrar essa situação é um dos objetivos deste trabalho, que analisará também a indiscutível parcela de responsabilidade que tem o Poder Judiciário na caótica situação fundiária da Capital federal, para que, ao final, seja proposta uma reflexão do papel dos julgadores no sentido de contribuir para uma cidade mais ordenada com meio ambiente saudável e equilibrado para a atual e futuras gerações. O trabalho tem como campo de abordagem o direito público, o civil e a filosofia do direito e destina-se a demonstrar a falta de técnica no emprego do instituto da cessão de direitos e a parcela de contribuição do Poder Judiciário para o problema da ocupação do solo no Distrito Federal.

» PALAVRAS-CHAVE: CESSÃO DE DIREITOS. IMÓVEL PÚBLICO. INEFICÁCIA.

ABSTRACT

Brazil has Federal District has serious land occupation problems with frequent invasions of public areas and uneven distribution of land, in total disregard to urban and environmental regulations, causing serious damages to the local population. The cession of rights has been used as an instrument to transfer real estate, but when the real estate is public property, it has no legal effect, and therefore, does not ensure any right to the assignee. This paper aims to demonstrate this situation as well as to examine the unquestionable share of responsibility the Judiciary has in the chaotic land situation of Brazil's Federal Capital, to finally propose a reflection on the role of the judges in order to contribute to a more organized city, with balanced and healthy environment to its current and future generations. This paper approaches civil and public law as well as the philosophy of law and intends to demonstrate the lack of compliance with legal regulations in the use of the instrument of cession of rights and also the Judiciary share of contribution to the land use problem in Brazil's Federal District.

» KEYWORDS: GRANT OF RIGHTS. PUBLIC PROPERTY. INEFFICACY.

Observamos, com grande preocupação, o tratamento jurídico que, ao longo do tempo, tem sido dispensado aos instrumentos de cessão de direitos de imóvel público no Distrito Federal, tanto pelo Poder Judiciário quanto pelos profissionais da área jurídica e pelas pessoas que celebram negócios jurídicos cujo objeto é a ocupação de imóvel público. Nesse contexto, este artigo pretende demonstrar que esses documentos são totalmente desprovidos de validade jurídica e, portanto, dedicar-se-á a propor uma reflexão sobre o papel do Poder Judiciário, após uma análise de sua responsabilidade neste cenário.

Depois de mais de dezoito anos na magistratura do Distrito Federal, constatei um número exagerado de negócios jurídicos que envolvem a

transferência de imóvel público por meio de cessão de direitos, tendo essas pessoas aparentemente a crença de que estão celebrando negócio juridicamente válido, posto que documentado. Além de esses papéis serem utilizados para tentar demonstrar possíveis direitos sobre o bem, instrumentalizando a realização de um negócio jurídico, são igualmente utilizados para reforçar a existência do direito demonstrando até mesmo uma sequência de transferências (alguns chegam a falar em cadeia dominial), que, em muitos casos, não são verdadeiras, já que, não raro, há transferências concomitantes do mesmo bem para pessoas diversas.

O crescente número desses tipos de negócio decorre, em grande parte, da enorme confusão entre direito obrigacional e real, posse e propriedade. E isso, com o passar dos anos, só tem-se agravado. Não se trata de mero preciosismo jurídico separar corretamente os institutos, não obstante seja de suma importância que os profissionais conheçam e utilizem corretamente os termos técnicos de sua profissão; mas, sim, de fazer necessária distinção, pois os institutos jurídicos têm efeitos igualmente distintos, que se refletirão no negócio jurídico celebrado e, conseqüentemente, na vida das pessoas que os utilizam.

Um dos fatores que contribui para a equivocada noção da natureza jurídica da cessão de direitos e, conseqüentemente, de seus efeitos, é a confusão entre direito real e obrigacional. Essa distinção é crucial para a compreensão do direito civil, pois ela é que o estrutura.

No direito romano, não havia uma teoria do direito real (não obstante existirem a *actio in rem* e *actio in personam*), que só surgiu no século XII, no direito canônico, herdeiro do direito romano. O direito real disciplina situações jurídicas de apropriação de bens enquanto o direito obrigacional tem por objeto relações jurídicas entre pessoas determinadas, vinculadas por uma prestação a ser satisfeita. Assim, já identificamos que, com relação ao objeto, o direito real tem a coisa; e o obrigacional, a prestação. Quanto ao exercício no direito real, o titular age direta e imediatamente sobre o bem, satisfazendo suas necessidades econômicas sem o auxílio ou intervenção de terceiro; já no direito obrigacional, o objeto é a prestação, e o titular depende da colaboração do devedor para a sua satisfação, tendo caráter de mediatidade.

Nessa distinção entre direito real e obrigacional, o que mais tem relevância é a eficácia, pois aquele tem efeito *erga omnes*, vale dizer, pode ser oponível a todos, independentemente de terem ou não participado do negócio jurídico em discussão, ao passo que este (o obrigacional) tem validade restrita, pois só pode ser oponível às partes que celebraram o negócio e, por isso, não gera nenhuma eficácia perante terceiros.

A identificação dos institutos jurídicos é relevante no caso das cessões de direitos para compreendermos corretamente os seus efeitos. Acredita-se equivocadamente que se adquire imóvel mediante cessão de direitos (inclusive, curiosamente, muitos profissionais da área jurídica também pensam assim). No entanto, a cessão de direitos é um contrato bilateral que se destina a transferir eventual

direito que o cedente tenha sobre o objeto do contrato (que pode ser um imóvel, por exemplo), mas não a própria coisa; portanto, tem ele natureza obrigacional e, assim, vincula apenas as partes contratantes.

Considerando sua natureza jurídica, não tem a cessão de direitos eficácia *erga omnes*. Logo, não pode ser oponível a terceiros, razão pela qual, em eventual demanda judicial sobre a posse ou mesmo a propriedade do bem, esse documento não assegura nenhum direito ao cessionário, que só poderá, baseado nesse negócio jurídico, requerer a satisfação da prestação a que se obrigou o cedente ou resolver o negócio em perdas e danos. Qualquer pretensão à aquisição ou posse do bem perante terceiros deve-se basear em outros instrumentos jurídicos, se for o caso, pois a cessão de direitos não possibilita essa pretensão.

A falta da correta compreensão dos institutos jurídicos possibilita a celebração de negócios jurídicos que não produzem os efeitos que eram esperados quando o negócio fora realizado, e, com relação ao tema de que estamos tratando, também é frequente a confusão entre posse e propriedade, tanto que, em muitos casos, os cessionários de direitos sobre imóvel se consideram como verdadeiros proprietários e buscam valer-se dos mesmos direitos assegurados àqueles com base nesses instrumentos.

A propriedade é um direito real (artigo 1.245, I, do Código Civil), mas a posse, apesar de estar inserida no livro do direito das coisas, não é caracterizada como tal, posto que os direitos elencados no artigo 1.245 do Código Civil são *numerus clausus*, vale dizer, apenas esses são considerados direitos reais.

A posse é um instituto jurídico bastante complexo, certamente com o maior grau de dificuldade de compreensão no direito civil, tanto que há várias teorias para explicá-la. As mais conhecidas são as teorias subjetiva de Savigny e objetiva de Ihering. Para Savigny, posse “é o poder que tem a pessoa de dispor fisicamente de uma coisa, com intenção de tê-la para si e de defendê-la contra a intervenção de outrem” (Monteiro, 1987-1988, p. 17). Já para Ihering, a posse será a exteriorização da propriedade, a visibilidade do domínio, o poder de dispor da coisa; portanto, fica dispensado o elemento subjetivo, qual seja, o ânimo de ser dono.

Dessa forma, ficou evidenciado que a cessão de direitos sobre imóveis não é instrumento hábil a transferir a titularidade da coisa e tem eficácia restrita às partes contratantes; portanto, o cessionário não é proprietário do bem e não possui nenhum direito real sobre ele. E quando o objeto da cessão de direitos é imóvel público? O cessionário teria os mesmos direitos como no caso de o imóvel ser particular? Esse contrato teria os mesmos efeitos jurídicos? Entendemos que não e isso tentaremos demonstrar a seguir.

Os bens públicos são dotados de imprescritibilidade independentemente da categoria a que pertençam; por isso, não podem ser adquiridos por usucapião. Essa norma é positivada no § 3º do artigo 183 da Constituição Federal e repetida no parágrafo único do artigo 191 e também no artigo 102 do Código Civil. Essas normas, constitucionais e infraconstitucionais, demonstram que o particular não pode exercer a posse sobre imóvel público.

Essa proteção aos bens públicos existe desde o Brasil Colônia. A Lei nº 601, de 1850, a primeira lei de terras, também lhes fixou a imprescritibilidade como atributo, o que também foi confirmado pelos Decretos nºs 19.924, de 27/4/1931; 22.785, de 31/5/1933; e 710, de 17/9/1938.

Considerando que o particular não pode exercer a posse sobre imóvel público, precisamos analisar como se poderia caracterizar essa ocupação. A jurisprudência tem-se inclinado no sentido de considerar como mera detenção – tese também defendida pelos órgãos do executivo local – e, por isso, não ensejaria direitos decorrentes da posse.

A título de ilustração, trazemos a seguinte decisão:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO REIVINDICATÓRIA DE BEM PÚBLICO – COMPROVAÇÃO DA PROPRIEDADE DO IMÓVEL – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO – RECONHECIMENTO DA TITULARIDADE DO BEM E CONSEQUENTE IMISSÃO NA POSSE – APELAÇÃO – DIREITO DE RETENÇÃO – INVIABILIDADE – OCUPAÇÃO IRREGULAR DE IMÓVEL PÚBLICO – MERA DETENÇÃO. 1. A comprovação da propriedade do imóvel público acarreta a procedência do pedido deduzido nos autos da ação reivindicatória. 2. A ocupação de área pública por particular traduz mera detenção – inconfundível com posse – tolerada pelo Poder Público, que poderá reivindicá-la quando lhe convier. Por se tratar de garantia limitativa do direito de propriedade, imposta em desfavor do titular do domínio, o direito de retenção deve ser interpretado de forma restritiva, aplicando-se, portanto, tão somente, nas hipóteses em que há expressa previsão legal. Destarte, afasta-se o exercício do direito de retenção quando não há posse, mas, sim, mera detenção de terra pública irregularmente ocupada. 3. Recurso conhecido e desprovido. (Classe do Processo: 19980110283218APC – APC – Apelação Cível; Registro do Acórdão Número: 866014; Data de Julgamento: 29/04/2015; Órgão Julgador: 2ª Turma Cível; Relator: J. J. COSTA CARVALHO; Revisor: MARIO-ZAM BELMIRO; Publicação: Publicado no DJE : 12/05/2015. Pág.: 240).

Dispõe o artigo 1.198 do Código Civil que o detentor encontra-se em relação de dependência para com outro e, assim, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordem ou instruções suas. Veja que o legislador não distinguiu estruturalmente a posse da detenção, mas apenas criou obstáculos objetivos para a diferenciação desses institutos e retirou de uma situação tipicamente possessória os seus efeitos naturais, para considerar como detenção. Portanto, nesse caso, o detentor age como mero instrumento para o verdadeiro possuidor exercer a sua posse. É visível que há uma relação de autoridade e de subordinação do possuidor sobre o detentor e isso não ocorre no caso de ocupação de imóvel público, pois o ocupante (invasor) não tem autorização do Poder Público para ocupar o imóvel; logo, não se pode falar em detenção, razão pela qual consideramos tecnicamente equivocada essa posição.

Assim, temos que o ocupante de imóvel público sem a prévia autorização do Poder Público não exerce a posse e tampouco é detentor do bem, mas apenas ocupante irregular e, consequentemente, nenhum direito possui sobre o bem.

Nesse sentido também é o entendimento de Carvalho Filho, ao afirmar que

a ocupação ilegítima em área do domínio público, ainda que por longo período, permite que o Estado formule a respectiva pretensão reintegratória, sendo incabível a alegação de omissão administrativa. Por outro lado, não são indenizáveis acessões e benfeitorias realizadas sem prévia notificação ao Poder Público (p. 1.171).

Como não há posse, o ocupante irregular de imóvel público não tem nenhum direito decorrente dessa ocupação, nem mesmo indenização de benfeitorias, ainda que sejam úteis ou necessárias.

Há entendimentos de que devem ser indenizadas as benfeitorias para evitar enriquecimento ilícito, porém isso não passa de um argumento simplista e superficial, que não se sustenta a um exame ligeiramente mais aprofundado da questão.

Inicialmente é preciso analisar se as benfeitorias realizadas em imóvel público efetivamente geram algum enriquecimento, pois, na maioria dos casos, não é isso que ocorre, já que, em geral, é necessário derrubar as edificações, acarretando despesas ao Poder Público.

Contudo, ainda que efetivamente as benfeitorias realizadas pelo ocupante tragam algum proveito econômico ao Estado, não se pode considerá-lo como ilícito, pois como o ocupante de imóvel público não exerce posse, não há que se falar em posse de boa ou má-fé e, conseqüentemente, fica afastado o direito à indenização das benfeitorias, ainda que necessárias. Desse modo, o argumento do enriquecimento ilícito não encontra fundamento no direito positivo, pois a própria lei exonera o Estado da obrigação de indenizar benfeitorias e retira do ocupante qualquer direito, portanto não há ilicitude.

O princípio da proibição do enriquecimento ilícito tem suas raízes na equidade e na moralidade, não podendo ser invocado por quem ocupou imóvel público sem prévia autorização.

Assim, considerando que não há posse e tampouco direito a indenização de eventual benfeitoria, o ocupante de imóvel público igualmente não tem direito à retenção do bem, não pode valer-se de interditos possessórios e está obrigado a desocupar o imóvel.

A cessão de direitos obviamente pressupõe a existência de um direito a ser cedido, mas o ocupante de imóvel público não tem nenhum direito sobre o bem, assim sendo, esse instrumento de cessão é totalmente desprovido de objeto (alguns podem considerar que o objeto seja ilícito, mas entendemos que, sendo inexistente o direito pretensamente cedido, o instrumento é inócuo e realmente não há objeto); logo, não tem nenhum valor jurídico e não pode ser admitido como instrumento a legitimar eventual pretensão a aquisição de bens ou mesmo indenização por benfeitorias.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios tem admitido interditos possessórios sobre imóvel público entre particulares, mas isso também não se sustenta, pois, pelo desenvolvimento desse mesmo argumento, tem-se que não há direitos a serem cedidos e a ocupação é ilegítima; logo, nem uma das partes tem direitos sobre o bem.

A ocupação do solo no Distrito Federal é caótica e agrava-se a cada ano. Não é raro ouvir comentários sobre a responsabilidade do Poder Executivo para essa situação, pois houve governos que incentivaram as pessoas a virem para a Capital federal com promessas de doação de lotes; políticos que sinalizaram com a regularização de invasões com objetivos nitidamente eleitoreiros etc., e esses são fatos que não podem ser negados. Contudo, a responsabilidade é exclusiva do Poder Executivo? O Poder Judiciário não tem parcela de contribuição para esse caos que se instalou na cidade?

Acreditamos que, há muito tempo, já deveríamos ter iniciado uma reflexão e debate sobre o papel do Poder Judiciário neste cenário, pois simplesmente atribuir a outro Poder a responsabili-

dade pelo caos e ignorar a sua atuação nos processos que envolvem essa matéria não o eximem de sua responsabilidade e tampouco afastam os fatos, que são ululantes e afligem a sociedade local diuturnamente. Não obstante, devemos destacar que o Poder Judiciário do Distrito Federal já vem reconhecendo a inexistência de direitos, como, por exemplo, de retenção do bem, dos ocupantes irregulares de imóvel público, conforme a decisão transcrita em linhas volvidas.

Verifica-se que o Poder Judiciário do Distrito Federal reiteradamente convalida ocupações irregulares, concede liminares para evitar desocupação pelo Poder Executivo, permite a retenção do bem para indenização de benfeitorias e acaba atribuindo efeitos jurídicos válidos a essas cessões de direitos, o que tem funcionado como forte mecanismo de fomento de invasão de imóveis públicos e, ao fim e ao cabo, da especulação imobiliária, pois, mesmo quando o ocupante tem ciência da ilegalidade da ocupação, ele confia que encontrará amparo na Justiça para legitimar seu ato ou, na pior das hipóteses, receber indenização pelas benfeitorias, demonstrando que a invasão é compensatória. Portanto, não são apenas as promessas dos políticos que geram nas pessoas a expectativa de regularização de invasão de imóvel público, mas também as decisões judiciais.

O Poder Judiciário, com base em argumentos como a teoria do fato consumado e a omissão do Estado na fiscalização dessas ocupações irregulares, impede a derrubada de construções irregulares, autoriza a permanência no imóvel e reconhece direito a indenização; ao final, só contribui para fomentar essa constante ocupação irregular e desordenada do solo, reforçando a especulação imobiliária.

No que tange à teoria do fato consumado, entendemos que esse argumento é imprestável para permitir a manutenção de invasão de área pública, pois as construções irregulares podem ser demolidas, e os danos ao meio ambiente, na maioria dos casos, revertidos. Atualmente estamos vendo ocorrer a desobstrução da orla do Lago Paranoá, bem como desocupações irregulares em outras partes da cidade, que há anos vem sendo ocupada irregularmente e isso serve para mostrar que não há ocupação irregular irreversível. Com relação à omissão do Poder Executivo quanto a seu dever de fiscalização, tem-se que isso, por mais grave que seja, não legitima ocupação irregular de imóvel público.

O processo deve ser analisado sob um triplo aspecto: político, social e jurídico, escopos esses abordados por Cândido Rangel Dinamarco na obra *A Instrumentalidade do Processo*.

O escopo social do processo consiste na pacificação dos conflitos sociais e, quando o processo não serve para solucionar determinado conflito, tem-se que ele não atingiu uma das suas finalidades.

Aqui precisamos destacar que não se deve ter esse objetivo como algo vazio e estritamente teórico, como aparentemente se tornou uma prática. Não podemos ser ingênuos de achar que sempre haverá uma pacificação social, pois isso envolve vários outros fatores e alguns que independem do Poder Judiciário. A Constituição Federal assegura o direito social à moradia, mas não é por meio de decisões judiciais em ações individuais que legitimam a invasão de imóvel público que deverá ser implementado esse direito e tampouco essas decisões atingem a finalidade social do processo. É

imperioso reconhecer que a coletividade tem direito a uma política urbana planejada para garantir a promoção do adequado ordenamento territorial, mediante controle do uso do solo com a preservação do meio ambiente.

O escopo político, nos dizeres desse autor, consiste em afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (poder), concretizar o culto do valor à liberdade e assegurar a participação dos cidadãos. O termo político aqui empregado tem o sentido de fenômeno da sociedade como detentora de poder, ou seja, o fenômeno Estado.

O escopo jurídico consiste na promoção da atuação do direito material, identificada pela máxima de que o processo é instrumento do direito substancial. Não podemos descuidar deste escopo, pois o direito material sempre deverá prevalecer sobre o instrumental e, no caso das cessões de direitos de imóvel público, já demonstramos que não há direito assegurado ao cessionário; assim sendo, esse fato não pode ser ignorado pelo aplicador do direito.

Portanto, apenas decisões tecnicamente fundamentadas são capazes de preservar o direito da coletividade e a segurança jurídica das relações interpessoais. Como as cessões de direitos de imóvel público não têm nenhuma eficácia jurídica, o reconhecimento desse fato pelo Poder Judiciário pode servir como mecanismo de freio à especulação imobiliária e ao caos urbanístico que se instauraram no Distrito Federal.

Aprovado: 01/11/2015. Recebido: 01/09/2015.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível 19980110283218, da 2ª Turma Cível, 12/05/2015.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1987-1988.
- PELUSO, Cesar coordenador. *Código Civil Comentado*. 7. ed. Barueri, SP: Manole, 2013.
- ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2004.

Mara Silda Nunes de Almeida

Juíza da 8ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal.
Especialista em Direito Civil pelo Centro Universitário de Brasília.
Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Goiás e em Filosofia pela Universidade de Brasília.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF
8ª Vara da Fazenda Pública do DF, Fórum Des. Joaquim de Sousa Neto
SAM – Setor de Administração Municipal, 4º andar, sala 408
Brasília/DF
CEP 70620-000
mara.almeida@tjdft.jus.br