

UC Berkeley

Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers

Title

Aplicação de regras de responsabilidade e de inalienabilidade às situações jurídicas de propriedade: uma visão do direito brasileiro

Permalink

<https://escholarship.org/uc/item/8w02w5sf>

Authors

Flores Filho, Edgar Gastón Jacobs
Prata Surlo, Gerlis

Publication Date

2010-04-26

Peer reviewed

Aplicação de regras de responsabilidade e de inalienabilidade às situações jurídicas de propriedade: uma visão do direito brasileiro

JEL classification: K1, K4 (itens 2 e 7 da conferência)

Dados dos autores

Edgar Gastón Jacobs Flores Filho. Doutor em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica em 2008. Professor Adjunto da Universidade Federal de Ouro Preto e Professor Adjunto da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Consultor na Área de Direito Educacional. Telefone: 55 031 34940281. Endereço: Rua Desembargador Paula Mota, 310, ap 202, Bairro Ouro Preto, Belo Horizonte, Brasil. E-mail: edgarjacobs@gmail.com

Gerlis Prata Surlo. Graduando em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Coordenador discente do Projeto Pacificar DEDIR/UFOP – Ministério da Justiça. Telefone: 55 031 35520265. Endereço: Rua Prefeito Washington Dias, 216-A, Bairro Barra, Ouro Preto, Minas Gerais, Brasil. E-mail: gerlisprata@yahoo.com.br

RESUMO

Neste artigo vamos abordar a questão: O meu “direito à” propriedade de um imóvel, ou seja, o meu *entitlement* sobre um bem imóvel pode ser objeto de uma regra de responsabilidade ou de inalienabilidade? No Código Civil Brasileiro de 2002 existem regras de responsabilidade que respondem parcialmente esta questão, um exemplo destas regras é a possibilidade de apropriação do solo pelo construtor. Com base na doutrina clássica, na jurisprudência e na nova lei civil brasileira demonstraremos que esta é uma situação na qual a busca por eficiência leva modificação da regra geral *superficies solo cedit*. Demonstraremos, também, que diversos países possuem discussão sobre este tema, esboçando sistemas legais com maior ou menor prevalência da clássica regra de propriedade descrita por Calabresi e Melamed em 1972. Além disso, trataremos da situação em que o construtor age de má-fé ao construir num imóvel alheio, considerando esta situação como um caso para a aplicação da regra de inalienabilidade proposta pelos mesmos autores. Com todos esses elementos, enfim, será possível apresentar um estudo original sobre as regras de inalienabilidade, responsabilidade e propriedade no contexto brasileiro. E isso permitirá, também, que o leitor tenha conhecimento de que no Brasil, já há muitos anos, a análise econômica é discutida na doutrina e aplicada pelos tribunais.

Palavras-Chave: Direito e Economia – Sistema legal – Propriedade – Regras de propriedade

ABSTRACT

In this article we are going to talk about the following question: my right of “ownership over” a property, in other words, my property entitlement can be the object of a responsibility rule or an inalienability rule? In the Brazilian Civil Code of 2002 there are some responsibility rules that answer partially this question, like the possibility of soil appropriation by the builder. Based on the classic doctrine, on the jurisprudence and on the new Brazilian civil law, we are going to demonstrate that this is a situation in which the search for efficiency results in a modification of the *superficies solo cedit* general rule. We are also going to show that many countries have their discussions about this subject and sketch legal systems with more or less prevalence of the ownership classic rule described by Calabresi and Melamed in 1972. Moreover, we are going to talk about the situation in which the builder acts in bad faith when building in an alien property, considering this situation as a case to apply the inalienability rule proposed by the same authors. Finally, with all those elements, we are going to be able to present an original study about the rules of inalienability, responsibility and ownership in the Brazilian context. And this is also going to allow the reader to know that, in Brazil, the economic analysis is already being discussed and applied by the courts.

Keywords: Law and Economics – Legal System – Property – Property Rules

Aplicação de regras de responsabilidade e de inalienabilidade às situações jurídicas de propriedade: uma visão do direito brasileiro

1	Introdução	2
2	Regras de propriedade, responsabilidade e inalienabilidade	4
2.1	<i>Entitlements</i> sobre bens imóveis no Brasil.....	5
3	O Código Civil Brasileiro de 1916 e os operadores do direito, duas visões sobre a atribuição da propriedade	7
4	A abordagem do tema em outras legislações	9
5	Argumentos econômicos e o código civil de 2002	11
5.1	Acessão inversa no Código Civil de 2002.....	12
5.2	Impossibilidade de acessão inversa nos casos de construção invasora de má-fé	14
6	Conclusões	16
	Referências bibliográficas	16

1 INTRODUÇÃO

Num importante artigo de 1972, Guido Calabresi e A. Douglas Melamed, ofereceram uma “nova visão da catedral”, ou melhor, uma nova abordagem das categorias de direitos, diferenciando as regras de propriedade, de responsabilidade civil e de inalienabilidade. O artigo apresentou um conceito para o *entitlement*, delimitando-o como um benefício ou garantia jurídica para situações concretas, ou, simplesmente como a atribuição da titularidade de direito. E, feita essa delimitação inicial, discutiu qual o modelo das regras que deveriam reger a sua dinâmica.

No presente artigo pretendemos abordar esta doutrina clássica e, especialmente, a afirmativa de que: “a maioria dos direitos à maioria dos bens são mistos [possuem regras mistas]” (CALABRESI; MELAMED, p. 352).

Com relação ao direito sobre imóveis o artigo *The Cathedral: An Economic Survey of Legal Remedies* de Matteo Rizzolli (2009), ressalta a existência de três casos nos quais aplica-se a regra de responsabilidade (possibilidade de transferência forçada) a qual classicamente chamamos de direito de propriedade. Nos casos de desapropriação, de evicção (sistemas de titulação) e das construções em terreno alheio, a “propriedade” não impede que os casos concretos sejam resolvidos por meio da indenização.

Nosso artigo trata da última situação concreta mencionada acima, que no Brasil permite a acessão inversa, a apropriação do solo pelo construtor.

De fato, a regra principal no Código Civil Brasileiro, para o caso da acessão de bens móveis (construções e plantações) à bens imóveis é resumida no jargão *superficies solo cedit*, indicativo de que a tradição romano-germânica adota a regra de que tudo que é posto sobre o solo passa a pertencer ao seu proprietário.

Essa era uma solução que resolvia a maioria dos casos, porém quando o valor da construção era maior que o valor do solo, a determinação de qual era o bem acessório ou principal – solo ou construção – causava problemas.

A proposta para solucionar estes casos excepcionais é a acessão inversa, ou seja, a acessão do solo (bem principal) à construção (bem acessório), invertendo o princípio clássico de que o acessório segue o principal.

Dentre as argumentações possíveis a favor da acessão inversa estão aquelas que incluem o tema da boa-fé e a de que uma redução ínfima de valor da propriedade invadida não pode acarretar na destruição de uma construção. Nesta última abordagem, similar a proposta de Calabresi e Melamed (1996), o fundamento é uma análise de custo-benefício que poderia justificar até construções de má-fé, pois o que importa é o tamanho do prejuízo para as partes envolvidas e não o direito de propriedade, apenas.

É interessante observar que nas mais altas cortes brasileiras, décadas atrás, já havia uma contraposição entre argumentos econômicos – custo-benefício, medido em dinheiro – e normas legais. E, a nosso ver, estas decisões demonstram a aplicação do critério de eficiência de Kaldor e Hicks. Numa situação em que a parte prejudicada (proprietário) é compensada com parte do benefício econômico que aquele que se beneficiou da invasão (construtor) tem, em face da não destruição de sua obra.

Corroborando esta mesma análise – análise econômica no mais estrito sentido – o Código Civil de 2002 esboçou duas regras básicas: (1) Quando a construção, feita por construtor de boa-fé em terreno alheio, exceder *consideravelmente* o valor do terreno, o construtor poderá adquirir o solo; (2) Quando a construção, feita em terreno alheio exceder o valor da área construída poderá, o construtor, de boa-fé ou de má-fé, dependendo da área, adquirir a porção de terreno invadido. Esta mudança demonstra, não apenas a evolução do direito privado no Brasil, mas a existência de Análise Econômica do Direito na doutrina e na jurisprudência brasileira consolidada, após muitos anos, na lei civil.

Nesse contexto, nosso estudo permitirá a comparação do “modelo” brasileiro para tratamento desta situação concreta, com outros modelos já estudados por Matteo Rizolli, em seu artigo *Building encroachments: an optional law analysis*, apresentado em 2007, na 23ª Conferência Anual da Associação Européia de Direito e Economia, em Copenhague. Nesse *paper*, o autor italiano lista e discute as formas de tratamento da construção em terreno alheio em diversos países usando o critério de eficiência como referencial. A partir desse estudo, podemos ter uma visão mais clara sobre o valor da regra de acessão inversa no Brasil e contribuir, também, para uma análise normativa.

Ao final do artigo uma discussão sobre a possibilidade – ou a necessidade – de aplicação da regra de inalienabilidade nos casos em que há construção de má-fe.

Na prática, se o proprietário não quiser vender o terreno invadido sentir-se-á prejudicado, independentemente do valor da indenização e, nesta circunstância, entendemos que a situação não pode ser resolvida com base na avaliação dos custos de transação ou da eficiência.

Uma pessoa não pode ser obrigada a vender o direito de propriedade para outra, que age de forma deliberadamente contrária a ordem jurídica. Esta deve ser mais uma das condicionantes para a aplicação dos modelos de regras propostos por Calabresi e Melamed, de outra forma a face mais indesejada da análise econômica poderia prevalecer.

2 REGRAS DE PROPRIEDADE, RESPONSABILIDADE E INALIENABILIDADE

Guido Calabresi e A. Douglas Melamed, apresentaram em seu artigo “Property Rule, Liability Rules and Inalienability: One view of the Cathedral”, uma visão que ainda hoje exerce grande influência por revelar o conceito de *entitlement* e por definir algumas regras básicas para as questões de segunda ordem que envolvem a atribuição de direitos.

Para estes autores, a “primeira coisa que qualquer sistema jurídico tem de enfrentar é o que nós chamamos de ‘problema da titularidade dos direitos’. Cada vez que um Estado enfrenta um conflito de interesses entre duas ou mais pessoas, ou entre dois ou mais grupos de pessoas, deve decidir a qual delas favorecer” (1996, p. 349). Quando o Estado não decide sobre a titularidade dos direitos, o acesso a bens, serviços e, segundo Calabresi e Melamed, à própria vida – acabará sendo decidido com base na “lei do mais forte”, ou seja, as pessoas mais fortes e qualificadas poderão impor o direito pelas próprias mãos. Esta atribuição de titularidade de

titularidade do direito pelo Estado equivale a concessão de um *entitlement* que permite ao titular do direito, exercê-lo.

Além dessa decisão primária, o Estado deve também decidir questões de ordem secundária, que estabelecerão os instrumentos de defesa e os limites da garantia jurídica dos direitos. Terá de ser decidido, por exemplo, quando e como o direito poderá ser transferido, quais os meios de proteção e quais as modificações aceitáveis.

Diante do problema de atribuição de direitos, Guido Calabresi e A. Douglas Melamed, oferecem três critérios para atribuição de *entitlement*, que, por sua vez, gerarão as regras de atribuição de direitos que tratamos neste artigo.

Os critérios apontados para decidir qual regra aplicar na proteção dos direitos são: a eficiência econômica, os objetivos distributivos e outros critérios de justiça que podem interferir na decisão de atribuição de direitos.

No nosso artigo limitaremos, inicialmente, o estudo da atribuição de regras de proteção aos direitos às considerações sobre custos de transação, ou seja, utilizaremos um critério inerente à eficiência econômica.

Se os custos de transação fossem baixos, as situações concretas poderiam ser protegidas por regras de propriedade. Assim, cada pessoa que recebesse o *entitlement* poderia depois decidir como o transferiria, agindo voluntariamente. Por outro lado, esta mesma pessoa não poderia ser forçada a transferir o direito do qual é titular contra a sua vontade.

Se os custos de transação fossem altos, impedindo transferências de direitos que podem ser eficientes para as partes e para a sociedade, seria aplicada a regra de responsabilidade, segundo a qual o direito seria protegido, mas o Estado poderia estipular uma indenização para os casos de transferência involuntária ou destruição do direito. Por fim, se não é considerada aceitável a transferência de um direito, como por exemplo no caso dos direitos da personalidade no Brasil, a regra aplicável é de inalienabilidade.

2.1 *Entitlements* sobre bens imóveis no Brasil

No caso dos bens imóveis no Brasil é comum a atribuição da regra de propriedade.

Quando uma pessoa possui direitos em face de um imóvel ela tem as faculdades de usar, fruir e dispor do bem (art. 1228, do Código Civil Brasileiro); sendo que esta última faculdade – a de dispor – permite dizer que a pessoa tem a capacidade de transferir ou vetar a transferência de seu direito sobre o bem. E, nesse caso, a possibilidade de veto caracteriza a regra de propriedade preconizada por Calabresi e Melamed.

Há, porém, hipóteses em que a pessoa pode ser forçada a transferir seu bem imóvel. Exemplo disso são os casos de: (1) desapropriação; (2) evicção ou penhora para fins de execução; e (3) construções invasoras.

Nestas situações, por critério de eficiência econômica ou por objetivos distributivos, o proprietário – detentor de um *etitlement* protegido, pela regra de propriedade – poderá ser obrigado a transferir o bem, recebendo em troca uma indenização. Ou seja, nestes três casos a regra de propriedade será substituída pela regra de responsabilidade.

Na aplicação da regra de responsabilidade a preocupação central do operador do direito deixa de ser a preservação da titularidade do direito e passa a ser a busca da indenização adequada para cada direito. Um exemplo da extensão desta indenização pode ser observado em recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que reiterando manifestações anteriores, considerou que: “as matas preservadas têm valor econômico que deve ser considerado na indenização relativa à desapropriação” (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2009), deixando claro que todos os custos internalizados pelo proprietário, inclusive a preservação ambiental, devem ser considerados no momento da aplicação excepcional da regra de responsabilidade.

As regras de propriedade também podem ser substituídas ou complementadas por regras de inalienabilidade. Um exemplo disso é a regra que veda a desapropriação para reforma agrária de “pequenas propriedades rurais” e de “propriedades produtivas” (art. 185, da Constituição da República de 1988). Outro é a regra que estabelece a inalienabilidade dos bens públicos de uso comum e especial (art. 100, do Código Civil).

Enfim, a proposta de atribuição de direitos de Calabresi e Melamed nos leva a observar que, no Brasil, as regras de responsabilidade, de inalienabilidade e de propriedade se misturam, aplicando-se a cada situação regras múltiplas, normalmente definidas em lei. Nesse ponto, a primeira conclusão a que podemos chegar é que aplica-se ao direito brasileiro a máxima exposta pelos autores em referência, no sentido de que “a maioria dos direitos à maioria dos bens são mistos [possuem regras mistas]” (CALABRESI; MELAMED, 1996, p. 352).

3 O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 1916 E OS OPERADORES DO DIREITO, DUAS VISÕES SOBRE A ATRIBUIÇÃO DA PROPRIEDADE

A aplicação da análise econômica no Brasil não é nova, mas ela antes se manifestava de forma mais tênue como se o componente econômico fosse apenas parte da argumentação jurídica. Um exemplo disso é a questão da relação entre bem acessório e principal. Essa relação pode ser observada de forma latente em alguns casos de compra e venda (caso das pertencas), mas o exemplo mais tratado pela doutrina é o dos conflitos de aquisição da propriedade de construções.

A regra principal, no caso da acessão de bens móveis (construções e plantações) à bens imóveis é que, quando o construtor ou plantador dono da matéria prima e responsável pelo trabalho é o proprietário do solo ocorre a união entre o bem imóvel e o bem móvel. Desta forma, tudo que é colocado sobre o solo passa a fazer parte dele.

Isolando o caso específico da construção, o conflito de escolha, ou *tradeoff*, surgiria quando alguém que não é proprietário do solo constrói nele.

A solução do Código Civil de 1916 era simples: o proprietário poderia impor seu direito ao invasor, independentemente da boa-fé do mesmo. Nesse caso o proprietário do solo poderia pedir a reintegração de posse cumulando um pedido de desfazimento de obra, como permite o art. 921, III, do Código de Processo Civil. Além disso, o proprietário, com base no art. 547, do Código Civil de 1916, poderia, também, optar por adquirir a construção, indenizando o construtor em caso de boa-fé do mesmo ou de má-fé recíproca.

Enfim, ao proprietário do solo sempre era atribuída a propriedade da construção juntamente com o direito de destruí-la. Ou, em termos jus-econômicos, ao titular do direito era atribuída uma regra de propriedade que permitia a vedação completa de qualquer uso ou transferência embasada no interesse de terceiro.

Essa situação, para os casos simples, não gerava grandes discussões. Porém, nos casos difíceis, quando o valor da construção era maior – ou, às vezes, muito maior – que o valor do solo, a determinação do qual era o bem acessório ou principal poderia causar problemas. Na visão clássica, ainda descrita no código civil, o principal é aquele que tem existência autônoma e o acessório é aquele que tem necessidade do bem principal para existir. Em outras análises, como a sedimentada por Orlando Gomes na década de 1980, a questão de acessório ou principal deveria também levar em consideração o valor do bem. Nas palavras de Gomes, civilista que se caracterizava, também pelo interesse na economia:

Certas edificações modernas são mais importantes *economicamente* do que os terrenos onde se levantam. Tornam-se, por assim dizer, *bem principal*, por seu valor. Sacrificar o construtor o construtor de boa-fé em proveito do dono do terreno confinante não seria justo. Dar preferência ao direito deste é colocar-se fora da realidade em homenagem ao preconceito da superioridade da terra, difundido nos tempos em que era o principal bem econômico (2008, p. 184).

Observe-se que, nessa argumentação, a questão da boa-fé é central e que o exemplo escolhido é justamente o caso do confinante que, sem saber, constrói em terreno alheio. A esse respeito o Judiciário brasileiro se manifestava até 2003, da seguinte forma:

[...] Em caso de construção que invada o terreno vizinho, doutrina e jurisprudência admitem a substituição do embargo e demolição da obra por indenização da faixa usurpada, quando sejam mínimas suas dimensões e não ocorra real prejuízo para a destinação do prédio que suportou a invasão". **Aquele que procede à construção que invade área de terreno do imóvel vizinho, transgride o direito de propriedade, e para se evitar o sacrifício de quem age de boa-fé com a demolição de sólida edificação**, se a parte de terras remanescentes do lote não perde a sua finalidade, há de ser compelido a indenizar o proprietário pelo prejuízo experimentado na perda da área útil. (MINAS GERAIS, 2003, grifamos)

Outra argumentação possível, que não exclui necessariamente o tema da boa-fé, é a de que uma redução ínfima de valor da propriedade invadida não pode acarretar a destruição de uma construção. Aqui, o fundamento é uma análise de custo-benefício que poderia justificar até construções de má-fé. Em outras palavras, o que importa é o tamanho do prejuízo para as partes envolvidas e não o direito de propriedade, apenas.

Na linha desse segundo argumento o Supremo Tribunal Federal decidiu, em 1963, que o pedido demolitório deveria ser excluído e substituído por condenação em perdas e danos. Em voto da lavra do Ministro Vitor Nunes estava expresso que: “em caso de invasão diminuta do terreno alheio, o que manda a equidade é que não se proceda a demolição – que seria muito custosa – da obra nova, tanto mais quanto seja de grandes proporções” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1963). Nesse caso não houve qualquer consideração a respeito da boa-fé do construtor.

Na mesma direção o Superior Tribunal de Justiça, em 1997, reiterou a consideração a respeito da relevância de se tratar, apenas, de “área mínima de terreno”, novamente deixando de lado considerações sobre boa-fé. Na decisão o voto vencedor, do Ministro Ruy Rosado Aguiar, afirmava que “se a construção do valioso prédio, já concluída, invadiu área mínima do terreno lindeiro, não causando outro prejuízo que não o decorrente do desrespeito à divisa, pode o juiz

determinar a indenização do dano e não a demolição do prédio” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 1997).

Observemos ainda que, para tratar desse tema, atribuindo a propriedade do solo ao construtor, mediante indenização, os julgadores não apenas descumpriam a regra do art. 547, código civil de 1916; como também o princípio do *superficies solo cedit* e um princípio processual básico: o de que o juiz ficaria adstrito ao pedido em seu julgamento. Sobre o descumprimento desse princípio processual, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, acrescentou: “...há circunstâncias fáticas que ensejam a incidência de critérios mais modernos de hermenêutica, admitindo doutrina e jurisprudência a possibilidade de se transformar uma reintegração desarrazoada em indenização, mesmo de ofício e na fase executória” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 1997).

É interessante observar que nas mais altas cortes brasileiras, década atrás, já havia uma atribuição de regras de responsabilidade pelo Poder Judiciário e que estas decisões são um exemplo de que o direito, mesmo codificado, não é estático.

A nosso ver, essas decisões demonstram a aplicação do critério de Kaldor e Hicks. Numa situação em que a parte prejudicada (proprietário) é compensada por parte do benefício econômico que aquele que se beneficiou da invasão (construtor) tem por não destruir sua obra. Por isso, trata-se de uma decisão fundada na análise econômica, ou, nos dizeres dos autores citados, no critério da eficiência econômica.

4 A ABORDAGEM DO TEMA EM OUTRAS LEGISLAÇÕES

Em pesquisas sucessivas Matteo Rizzoli (2007; 2009) estudou as regras de acesso inversa nos casos de construções invasoras, nos diversos países de Europa¹.

Rizzoli relata, por exemplo, que no Direito Francês há aplicação de uma regra rígida, que garante o poder de veto do proprietário do solo em detrimento do construtor-invasor. Ou seja, neste caso há uma regra de propriedade estrita.

No caso do Direito Alemão e do Direito Suíço, há possibilidade de transferência de compulsória de direito real se o titular do direito de propriedade não age de imediato, ou antes da construção, para evitar a invasão. E, nesta mesma linha, o Direito Português e o Direito Italiano estipulam prazo determinado – 3 meses – para que o proprietário do solo possa exercer seu direito

¹ Neste trabalho optamos por não incluir o Direito Estadunidense, também mencionado no artigo de Rizzoli apenas para restringir o âmbito da pesquisa.

de veto à construção. Em todos estes casos, após decurso do prazo de reação estipulado ou razoável, o construtor, sob presunção de boa-fé, poderá adquirir direito sobre o imóvel invadido.

Outra opção, ainda conforme Matteo Rizzoli (2007), é apresentada pela legislação Norueguesa, que adota a regra de propriedade, tal qual o Direito Francês, mas permite que seja transferido o direito sobre o bem imóvel ao construtor-invasor de boa-fé, quando houver desproporção entre os custos e benefícios de manter a construção e de removê-la.

Além de variar de acordo a possibilidade, ou não, de substituição da regra de propriedade (veto à construção), pela regra de responsabilidade (possibilidade de indenização), as legislações mencionadas variam quanto a outros detalhes relativos a solução do problema. Um exemplo disso é o direito concedido ao construtor invasor. Enquanto há transferência de propriedade no Direito Italiano, Suíço, Alemão e Português, existem também a possibilidade de transferência por um contrato de locação (Direito Alemão) ou de uma servidão (Direito Suíço e Norueguês).

Alguns destes detalhes diferenciados são resumidos no quadro a seguir (baseado no trabalho de Rizzoli):

	Boa-fé do Construtor	Tempo para vetar a construção	Indenização	Direito Transferido
Itália	Sim	3 meses	2 vezes o valor de mercado	Propriedade
Alemanha	Sim	Antes da construção ou mediamente após	valor de mercado	Propriedade ou contrato de locação
Suíça	Sim	Oportunamente (no primeiro momento)	compensação adequada	Propriedade ou servidão/superfície
Portugal	Sim	3 meses	valor do terreno mais depreciação	Propriedade

Nestes exemplos observamos que, com exceção da França, a legislação dos países europeus descritos utiliza-se de critérios como tempo, indenização diferenciada e boa-fé do construtor para substituir a regra de propriedade pela regra de responsabilidade no caso das construções invasoras.

Notemos também, que ao contrário do Direito Brasileiro a área invadida não é critério expresso em nenhuma destas legislações. Porém, Matteo Rizzoli enfatiza que somente o fato da construção ser feita parcialmente em terreno alheio (emanação ou projeção) é suportado, excluindo-se a possibilidade de construção integral em terreno de terceiro. Conforme relata o autor italiano quando a construção é fruto de projeção de um terreno para outro reforça-se “a credibilidade da natureza não-oportunista da invasão pelo construtor” (Rizzoli, 2007, p. 25).

Em suma, durante a vigência do Código Civil Brasileiro de 1916 já existiam sistemas de substituição das regras de propriedade por regras de responsabilidade em alguns países europeus e este fato pode ter influenciado os ajustes que estavam por vir na nossa codificação privada.

5 ARGUMENTOS ECONÔMICOS E O CÓDIGO CIVIL DE 2002

De volta a discussão no âmbito do direito brasileiro, podemos constatar que em paralelo a discussão posta pelas decisões judiciais, diversos autores – mesmo à margem de uma elaboração mais consistente –, utilizaram argumentos econômicos para tratar da questão da construção em terreno alheio.

Arnold Wald e Silvio Rodrigues, por exemplo, observaram que havia uma contradição entre o interesse da sociedade – maximização de riqueza social? – e a solução proposta pelo art. 547 do antigo código civil brasileiro. Enquanto Wald afirmava que o “...interesse social nesta hipótese manifesta-se no sentido de evitar a destruição de uma riqueza” (1993, p. 154), Silvio Rodrigues dizia:

Quando a construção ou plantação ultrapassasse de muito o valor do terreno e fora levantada de boa-fé, era extremamente injusta a regra que determinava a sua perda em favor do dono do solo. Tanto mais que este concorreu, pelo menos com sua negligência, para que tais construções ou plantações se erguessem.

Não raro, e este é caso dos mais freqüentes, uma construção avança, em pequena fração, em terreno alheio. Amiúde a invasão é de alguns centímetros e o construtor se encontra de boa-fé. Entretanto, de acordo com a lei de 1916, como o acessório segue o principal, o proprietário do terreno adquiria o domínio do acessório. E, como compete ao proprietário o direito de usar e de reivindicar o seu prédio, cabia-lhe a prerrogativa de exigir a demolição da obra. Ora, isso às vezes colide com o interesse da comunidade.

Pois que a regra do art. 547 do Código Civil deixava ao arbítrio do proprietário do solo decidir se o prédio erguido em seu terreno devia ou não ser deitado abaixo. Ora, tal disposição era perigosa, por colidir com o interesse econômico da sociedade. Imagine-se que se tratasse de prédio valiosíssimo, que seria lançado à terra por capricho do proprietário do solo. Obviamente, outro é o interesse da sociedade. (RODRIGUES, 2002, p. 105-6)

No mesmo sentido Orlando Gomes tratava das “demolições antieconômicas” (2008, p. 184). O ilustre civilista brasileiro relatava que a regra geral de acessão sofria importantes restrições em algumas legislações. E, dizia Orlando Gomes, nos casos de erro e de boa-fé do construtor poderia ocorrer até mesmo uma *desapropriação privada* que se justificaria como meio de evitar demolições antieconômicas. Esta posição era bastante arrojada e derivava da visão mais

ampla de Orlando Gomes, no sentido de que certas edificações poderiam tornar-se bens principais em virtude de sua importância econômica.

Por se tratar de uma inversão da regra de que o “acessório segue o principal” este posicionamento a respeito da acessão das construções ao solo recebeu o nome de acessão inversa e no início do século XXI já era defendida pela maioria da doutrina civilista no Brasil.

Com arrimo neste razoável consenso, com firme base na jurisprudência e na doutrina a tese da acessão inversa veio a incorporar-se de vez no pensamento jurídico nacional, passando a integrar o Código Civil de 2002.

5.1 Acessão inversa no Código Civil de 2002

No Código Civil Brasileiro de 2002, a regra da acessão inversa passou a constar de três dispositivos:

Art. 1.255. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização.

Parágrafo único. Se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo.

Art. 1.258. Se a construção, feita parcialmente em solo próprio, invade solo alheio em proporção não superior à vigésima parte deste, adquire o construtor de boa-fé a propriedade da parte do solo invadido, se o valor da construção exceder o dessa parte, e responde por indenização que represente, também, o valor da área perdida e a desvalorização da área remanescente.

Parágrafo único. Pagando em décuplo as perdas e danos previstos neste artigo, o construtor de má-fé adquire a propriedade da parte do solo que invadiu, se em proporção à vigésima parte deste e o valor da construção exceder consideravelmente o dessa parte e não se puder demolir a porção invasora sem grave prejuízo para a construção.

Art. 1.259. Se o construtor estiver de boa-fé, e a invasão do solo alheio exceder a vigésima parte deste, adquire a propriedade da parte do solo invadido, e responde por perdas e danos que abranjam o valor que a invasão acrescer à construção, mais o da área perdida e o da desvalorização da área remanescente; se de má-fé, é obrigado a demolir o que nele construiu, pagando as perdas e danos apurados, que serão devidos em dobro.

Os dispositivos da lei civil atual esboçam duas regras básicas:

- Quando a construção, feita por construtor de boa-fé em terreno alheio, exceder *consideravelmente* o valor do terreno, o construtor poderá adquirir o solo;
- Quando a construção, feita em terreno alheio exceder o valor da área construída poderá, o construtor, de boa-ou de má-fé, dependendo da área, adquirir a porção de terreno invadido;

No primeiro caso a boa-fé somada a grande disparidade de valor justifica a acessão inversa e, no segundo, a relativa insignificância da área invadida (art. 1258) e a boa-fé (art. 1259), permitem a aquisição parcial do solo.

Esses dispositivos, de certa forma, refletem as posturas já adotadas em decisões judiciais anteriores ao código. Nesse sentido não são novidades. Todavia, analisando a questão da eficiência econômica como um tema pouco integrado à – ou pouco visível na – ordem jurídica brasileira, fica patente a importância do caso.

Quando o código permite, no artigo 1.255, a aquisição sob fundamento da disparidade de valor, constata-se a aplicação do princípio da eficiência para transformar a regra de propriedade numa regra de responsabilidade. Temos aí a aplicação do critério de Kaldor e Hicks, pois o ganhador (construtor) indeniza o perdedor (proprietário).

Neste mesmo dispositivo, a exigência de boa-fé serve de contrapeso ao interesse estritamente econômico. Quando exige este requisito o legislador, indiretamente, admite que mesmo quando for eficiente a transferência forçada do direito (regra de responsabilidade) esta será impossível na ausência de boa-fé. Ou seja, dosando eficiência e moralidade o legislador forja a justificação da norma privilegiando a eficiência econômica, sem, porém, deixar prevalecer o interesse puramente econômico.

Na segunda regra (arts. 1258 e 1259) não há uma manifesta disparidade econômica entre os interesses, porém há um erro ínfimo, cuja correção por meio da demolição das construções (aplicação de regra de propriedade) seria ineficiente.

Nesse caso, para viabilizar a transferência forçada de propriedade nos casos de construção invasora de boa-fé cujo valor não seja *manifestamente excedente* ao do solo, criou-se uma espécie de responsabilidade tarifada que impõe indenização correspondente aos danos efetivos somados ao valor da área perdida e ao valor da desvalorização da área remanescente. Ou ainda, caso a área invadida de boa-fé exceda 5% da área do imóvel lindeiro, uma indenização correspondente ao valor acima mais o valor que a invasão acrescer à construção.

A primeira proposta pode ser eficiente, pois se o valor total da indenização for menor que o benefício do construtor, haverá eficiência e, como diria Richard Posner, maximização da riqueza social. Mas quando a área invadida for superior a 5% do imóvel vizinho, a norma legal não

proporcionará eficiência no sentido de Kaldor-Hicks, posto que além das indenizações pertinentes o valor acrescido que a construção teve em razão da invasão será totalmente repassado ao proprietário do solo, ou seja, a regra de responsabilidade levará a uma transferência do bem por um valor que normalmente estará acima do preço de mercado do imóvel, ou melhor, da faixa de solo invadida. Nesse caso o que se evita é o mal maior da demolição, mas, isso, às custas de um severo prejuízo para o construtor boa-fé.

Noutros termos, pode-se dizer que o critério de aplicação da regra de responsabilidade não é apenas o critério de eficiência econômica, mas também o critério de justiça em sentido mais amplo, que gera obrigação maior para aquele que comete um erro de maiores proporções (neste caso, construção que invade mais de 5% da área de imóvel vizinho).

Infelizmente, o mesmo pensamento foi aplicado em relação à invasão de má-fé em áreas inferiores a 5% (art. 1258, parágrafo único). Para esta situação ficou estipulado que haveria o pagamento do décuplo do valor de indenização, criando-se um imenso sobrepreço pelo terreno invadido.

Por isso entendemos que nesta última hipótese a regra de responsabilidade perde seu fundamento econômico (eficiência) e, pior, isso ocorre quando já não tinha fundamento moral (boa-fé). Passemos, então, aos nossos argumentos finais.

5.2 Impossibilidade de acessão inversa nos casos de construção invasora de má-fé

Nosso Código Civil de 2002 surgiu num contexto de valorização do interesse social. E, muitas vezes, os argumentos em pauta num *tradeoff* envolvendo supostos interesses sociais afastam a discussão do tema central, que envolve a disputa entre direitos subjetivos de partes determinadas.

Nesse sentido, as contribuições jurisprudenciais e doutrinárias descritas neste artigo, demonstram um caráter pragmático nas discussões sobre a acessão inversa. A questão do valor econômico das construções vem sendo usado como critério, sem levar em consideração o custo da substituição pontual da regra de propriedade pela regra de responsabilidade.

Nas legislações estrangeiras, por exemplo, não assume grande relevância a área construída e, por outro lado, o tempo de reação do proprietário é um fato importante. Desta maneira, a nosso ver, não há uma exarbação do interesse econômico em face da regra de propriedade.

Explicamos melhor: quando a conduta do titular da propriedade é relevante (tempo de reação, por exemplo) o que a legislação enfatiza é que pode ter ocorrido negligência ou até mesmo conivência do proprietário em face da construção, porquanto ele deixou de exercer seu direito de propriedade, plenamente garantido durante o período estipulado em lei. Todavia, quando a área construída é o elemento determinante para a substituição de regra de propriedade por regra de responsabilidade o elemento puramente econômico (montante do prejuízo) prevalece, sem margem para considerações sobre justiça em sentido amplo ou mesmo para exercício do direito privado.

Por este fato, a norma que permite a aquisição do bem imóvel por construtor má-fé que invade área diminuta (art. 1.258, parágrafo único) não parece, já de início, uma regra justa. Nessa situação, mesmo que o titular do direito de propriedade seja diligente, uma invasão furtiva com intenção de usurpar parte de imóvel alheio prevaleceria, bastando, para isso, que o construtor-invasor pudesse pagar a indenização prevista para o seu ato.

Podemos observar ainda, que a propriedade tem por base uma regra de exclusão, ou de veto. Em face da existência da regra geral de exclusão em favor do proprietário temos a certeza de que não podemos ir além dos nossos limites, por exemplo invadindo imóveis alheios. Nesse sentido, há, como ressalta Balganesch (2007), uma conduta geral de auto-exclusão que dá segurança aos proprietários e reflete a própria noção de inviolabilidade que temos em relação a nós mesmos e a nossos corpos, por exemplo.

Diante disso, quando há uma autorização expressa para que o construtor invasor possa projetar sua obra numa área de até 5% do terreno vizinho o resultado é uma quebra de regra geral de auto-exclusão, ou melhor, um incentivo à “invasão comedida”.

Lembremos que, nesse caso, a indenização também é ineficiente, pois um valor 10 vezes superior a indenização regular é pena aplicada ao construtor, criando uma situação na qual o proprietário pode perder, por não conseguir manter a integralidade de seu bem imóvel; e o construtor perde, por ter de pagar uma indenização muito elevada.

Em resumo, a quebra da regra de propriedade nos casos em que há uma invasão de má-fé traz mais prejuízos do que benefícios para a sociedade. E estas circunstâncias levam a uma exacerbada flexibilização da propriedade privada e ao uso desregrado de bens – inclusive dos recursos financeiros – para causar prejuízos a outrem.

Portanto, no caso de má-fé do construtor seria ineficiente e injusta a substituição da regra de propriedade pela regra de responsabilidade e, para a sociedade, talvez fosse até mesmo desejável a aplicação de uma regra de inalienabilidade que não só coibisse os atos dos invasores, mas as decisões pragmáticas do Poder Judiciário e as pressões sobre os proprietários.

6 CONCLUSÕES

O direito de propriedade é, normalmente, acompanhado de uma regra de veto, ou seja, do poder de excluir os outros do mesmo uso garantido ao proprietário.

Esta regra, aplicada em consonância com a função social, é benéfica para todos.

Em alguns casos, porém, há possibilidade de substituição da regra de propriedade por uma regra de responsabilidade, que permite ao Estado fazer a mediação de interesses e estipular uma indenização para a transferência dos bens.

Neste artigo, estudamos o caso das construções invasoras. Analisamos a dinâmica jurisprudencial e doutrinária sobre o assunto no Brasil e observamos algumas peculiaridades das legislações estrangeiras. E constatamos que no caso das construções-invasoras há possibilidade de obtenção da propriedade mediante pagamento de indenização, por meio do instituto da acessão inversa.

Enfim, concluímos que não deveria ser possibilitada a acessão inversa quando há má-fé do construtor e que, caso persistissem as pressões para a venda ao construtor de má-fé, pudesse ser criada, até mesmo, uma regra de inalienabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 52372, publicação 20.06.63
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AI 295072 AgR /SP, publicação 20.10.2009
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 77712 / MG, DJ 19.12.1997 p. 67505
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 77712 / MG, DJ 19.12.1997 p. 67505
- BALGANESH, S. Demystifying the Right to Exclude: Of Property, Inviolability, and Automatic Injunctions. Social Science Research Network, Ago. 2007. Disponível em: <HUhttp://ssrn.com/abstract=1016222UH> Acesso em: Set. 2007
- COLEMAN, J. Efficiency, Utility an Wealth maximization. In: Katz, A. W. Foudations of Economic Approach to Law. New York: Oxford University Press. P. 11-17. 1998.
- COOTER, Robert e ULEN, Thomas. Derecho y Economía. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- CALABRESI, Guido E MELAMED, A. Douglas. Property Rule, Liability Rules and Inalienability: One view of the Cathedral. Harvard Law Review 85: 1089-1128. 1972.
- CALABRESI, Guido E MELAMED, A. Douglas. Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: Una vista de la catedral. Estudios Públicos, nº 63, 1996. Disponível em <http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_1091.html> acesso em 10.10.2009.
- CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. Yale Law Journal. pp. 499-553. 1961
- FIUZA, César. Direito Civil – Curso Completo. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- GOMES, Orlando. Direitos Reais. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

- MANKIW, Gregory. Introdução à economia. 3. ed. São Paulo: T. Learning, 2005.
- MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. Economics and the law: from Posner to post-modernism. New Jersey: Princeton University press, 1999.
- MINAS GERAIS. TJMG, Processo: 2.0000.00.408703-6/000(1), Relator ANTÔNIO SÉRVULO, Publicação: 29/11/2003
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- POSNER, Richard A., El análisis económico del derecho, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- POSNER, Richard A. Problemas de Filosofia do Direito; trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- POSNER, Richard A. The Economics of Justice. Cambridge: Harvard University Press, 1983.
- RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, vol. 5: Direito das Coisas. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RIZZOLLI, Matteo. (2007). Building Encroachments: An Optional Law Analysis. Paper read at presented at the 23rd Annual Conference of the European Association of Law and Economics, at Copenhagen Business School, 13-15 September 2007.
- RIZZOLLI, Matteo, The Cathedral: An Economic Survey of Legal Remedies (January 2008). Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1092144>, acesso em 12.11.2009.
- ROEMER, Andres. Introducción al Análisis Económico, México: Fondo de Cultura Económica, 1994.
- TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direito & Economia. Prefácio de Fátima Nancy Andrichi. 2ª Ed. Res. e Atu. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- TIMM, Luciano Benetti. O novo direito civil. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 204 p.
- ZYLBERSZTAJN, Décio e SZTAJN, Rachel. Direito e Economia: Análise econômica do Direito e das Organizações. Editora Campus. Rio de Janeiro. 2005.