

## NOTAS

1. Projeto de Constituição, Substitutivo do Relator (Segundo), Centro Gráfico do Senado Federal, setembro de 1977.
2. Raul Machado Horta, *A Autonomia do Estado-membro no Direito Constitucional Brasileiro*, Belo Horizonte, Estabelecimentos Gráficos Santa Maria S.A. 1964 - p. 192 e 193
3. Hans Kelsen "La garantie juridictionnelle de la Constitution" (La Justice Constitutionnelle), *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, volume XLV, 1928, p. 254 e 255.
4. Claude Sophie Douin, *Le Fédéralisme Autrichien*, Paris, LGDJ, 1977, p. 121.
5. Paolo Petta, *Il sistema federale austriaco*, Giuffrè Editore, 1980, p. 299 e 320.
6. *Le Fédéraliste*, A. Hamilton, J. Jay, J. Madison - Paris, Girard, 1902, p. 359.
7. Ministro Edgar Costa, *Os grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal*, segundo volume, Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira S.A., p. 96.
8. Ministro Edgar Costa, obra citada, p. 119 e 122.
9. Ministro Edgar Costa, obra citada, p. 184.
10. Tavares Bastos, *A Província*, 2ª edição, Companhia Editora Nacional, 1937, p. 143.

## TEMAS EM DEBATE

## Ocupação por necessidade

Trabalho elaborado pelo Núcleo de Regularização de Loteamentos da Procuradoria Geral do Estado

As considerações que se seguem têm o objetivo de trazer alguns subsídios para a compreensão, a formulação jurídica e o posicionamento de autoridades frente a um fenômeno que, inobstante todos os obstáculos que se lhe antepõem, vem se repetindo com certa freqüência:

*“A ocupação de glebas ociosas e inaproveitadas por famílias de trabalhadores rurais carentes sem terras, que lhes dão aproveitamento econômico, a partir de uma cultura de subsistência, e nas mesmas passam a habitar.”*

Alguns o denominam de “invasão”, outros de “ocupação por necessidade”, denominação esta que adotamos por entender melhor espelhar os fatos.

O presente trabalho, que pretende ser de cunho marcadamente jurídico, ainda que faça abstração do plano moral e ético, que certamente traria argumentos favoráveis à ocupação por necessidade, leva em conta o quadro crítico no qual se insere: miséria em que se vêem lançados enormes contingentes da população brasileira; incapacidade de produção e oferta de empregos em nível suficiente e, mais ainda, de garantia de condições de vida com um mínimo de dignidade para os desempregados; exploração de trabalhadores rurais em níveis que se presumia extintos nos dias de hoje, vedada em lei, mas permitida na prática; índices elevados de mortalidade infantil, de doenças endêmicas e subnutrição crônica, atingindo não só suas vítimas imediatas mas a sociedade como um todo e a exigir, por motivos humanitários e de interesse nacional, reflexão sobre suas causas e conseqüências.

Discorreremos brevemente sobre o direito de propriedade e seus sistemas legais ao longo da história do Brasil, a posse, o crime de esbulho possessório e o estado de necessidade.

### PROPRIEDADE

A propriedade a nível teórico recebe formulações que propugnam desde a absoluta ausência de restrições, até a totalidade de restrições, ensejando a sua supressão.

Na prática, pode-se dizer que nenhuma nem outra das posições extremas prevalece.<sup>1</sup>

O direito de propriedade é reconhecido com condicionantes e limitações de variadas naturezas, tais como constitucionais, administrativas, cíveis e penais, por razões de interesse público e individual.

Assim, v.g., a Constituição Federal em vigor explicita que a "ordem econômica e social" se fundamenta, dentre outros princípios, na "função social da propriedade" (art. 160, III).

Do mesmo modo, a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, *in verbis*:

"Art. 119 — O Estado e os Municípios, com observância dos preceitos estabelecidos na Constituição Federal, **procurarão realizar o desenvolvimento econômico e a justiça social, com a finalidade de assegurar a elevação do nível de vida e o bem-estar da população.**

Parágrafo único — Para atingir os fins previstos neste artigo o Estado:

b) dispensará especial atenção ao trabalho, reconhecido como fator essencial à produção de riqueza...

j) **propiciará meios para fixação do homem ao solo, nas zonas rurais**, preservando o equilíbrio dos meios de produção e garantindo à propriedade o seu sentido social e econômico;

l) Incentivará, com a participação dos municípios, a criação de granjas, sítios e chácaras e **protegerá os posseiros que, em núcleos rurais, em sistema familiar, trabalhem a terra em áreas não superiores a vinte hectares**, fornecendo-lhes os meios necessários à produtividade do imóvel."

O emérito jurista JOSÉ AFONSO DA SILVA, após referir-se expressamente ao art. 160, III da Constituição Federal como uma "norma constitucional programática", situação, pois, na qual também se encontram os incisos b, j e l do art. 117, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, menciona os seguintes casos em que tais normas têm "eficácia jurídica imediata, direta e vinculante":

- I — estabelecem um dever para o legislador ordinário;
- II — condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que os ferirem;
- III — informa a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;
- IV — **constituem sentido teleológico para a interpretação,**

**integração e aplicação das normas jurídicas;**

**V — condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário;**

**VI — criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem..."<sup>2</sup> (grifamos)**

### Propriedade de Terras no Brasil

Convém que se faça um rápido histórico dos sistemas legais disciplinadores da propriedade de terras no Brasil para que se verifique como a posse e a utilização econômica tiveram um significado da maior importância, tendo constituído ao longo de séculos elementos indispensáveis para a aquisição do domínio.

Quando da "descoberta" do Brasil pelos portugueses, a terra, face aos súditos de Portugal, ficou sendo de domínio da Coroa portuguesa. Frente a outros reinos, Portugal poderia invocar o Tratado de Tordesilhas (1494), mas como este desde cedo teve sua validade perante terceiros contestada e, evidentemente, era ignorado pelos indígenas, os nativos possuidores, o domínio das terras brasileiras por Portugal foi obtido essencialmente pela conquista da posse e sua manutenção.

Objetivando assegurar o domínio da terra, era indispensável ocupá-la e colonizá-la.

Neste sentido, D. João III, o "Colonizador", rei de Portugal, iniciou em 1534 a doação de "capitanias hereditárias" no Brasil, recebendo o donatário extensa área de terra, podendo, pelo "foral", doar sesmarias a colonos<sup>3</sup>.

O jurista RAYMUNDO FAORO assim se expressa sobre o tema:

"A lei das sesmarias cujo espírito e finalidade iriam caracterizar o regime territorial do Brasil até a Independência, é de 1375, e deve-se ao rei D. Fernando...

"A célebre lei nasceu do quadro dos campos desabitados, sem agricultura, e do fracasso das medidas, anteriormente adotadas, de forçar os jornaleiros a permanecerem adstritos à gleba com salários de fome. Procedeu o rei a um estudo da situação das terras, verificando que a falta de produção agrícola não se devia à carência de terras, mas ao desaproveitamento delas. Concedeu, em virtude de uma lei, certo prazo para os proprietários lavrarem os campos, ou fazê-los cultivar a qualquer título. Se o não fizessem, a Justiça territorial — para esse fim criada — dava-os a quem os agricultasse... A medida legislativa deveria ser cumprida, sob

pena de intervir o Estado com sanções draconianas contra os proprietários, os vadios e os ociosos. D. João I temperou as durezas da lei... Estabeleceu orientação nova, segundo a qual, **dentro de um ano depois de citado, se o proprietário não ocupasse a terra, o rei a daria a quem a povoasse.**

**A substância do regime jurídico das sesmarias incorporou-se às Ordenações Afonsinas (L. IV, 81), Manuelinas e Filipinas, com as alterações sugeridas pelo contato com o direito romano. As terras do Brasil foram concedidas dentro das normas gerais das Ordenações.**<sup>4</sup> (grifamos).

A doação das sesmarias continha o que hoje chamaríamos de cláusula resolutiva: a obrigatoriedade de cultivar a terra em um prazo máximo de 5 (cinco) anos, sob pena de caducidade (Ordenações Manuelinas, livro IV, tít. 67, §§ 1 e 3, e Filipinas, livro IV, tit. 43, §§ 1, 3 e 4).<sup>5</sup>

Com algumas modificações, o regime das sesmarias vigorou até 1822, quando terminou com a Resolução de 17 de julho de 1822, na qual o Príncipe Regente determinou a suspensão de todas as "sesmarias futuras até a convocação da Assembléa Geral, Constituinte e Legislativa", não se tendo notícia, desde então, da concessão de novas sesmarias.

De 1822 a 1850, vigorou o sistema legal da "posse", quando a terra, em lugar dos favores públicos, se adquiriu "pela herança, pela doação, pela compra e, sobretudo, pela ocupação — a posse, transmissível por sucessão e alienável pela compra e venda".<sup>6</sup>

A Lei n.º 601, de 18 de setembro de 1850, a chamada Lei de Terras, e seu Regulamento, o de n.º 1.318, de 30 de janeiro de 1854, encerraram este regime e inauguraram o da "venda e concessão".

A Lei n.º 601, de 1850, dispôs sobre "as terras devolutas no Império e áreas que são possuídas por título de sesmarias sem preenchimento das condições legais, bem como por simples título de posse mansa e pacífica".

Interessante notar que o **critério básico para a revalidação** das sesmarias e concessões e **para a legitimação** das posses mansas e pacíficas foi a **cultura** ou o princípio de cultura e a **morada habitual** do interessado ou de quem o representasse (arts. 4.º e 5.º, **caput**), não se considerando princípio de cultura para tais fins "os simples roçados, derribadas ou queimas de matos ou campos, levantamento de ranchos e outros actos de semelhante natureza, não sendo acompanhados de cultura efectiva, e morada habitual..." (art. 6.º).

No Brasil Colônia e no 1.º Império, havia apenas os registros paroquiais, isto é, aqueles praticados pelos vigários dentro das respecti-

vas freguesias. Em 1843, o art. 35, da lei orçamentária n.º 317, de 21 de outubro daquele ano, regulamentado pelo Dec. n.º 482, de 14 de novembro de 1846, criou o registro de hipotecas.

A Lei 1.237, de 24 de setembro de 1864, que reformulou a legislação hipotecária, estabeleceu em seu artigo 8.º que "a transmissão entre vivos por título oneroso ou gratuito dos bens susceptíveis de hypothecas (art. 2.º § 1.º) assim como a instituição dos ônus reaes (art. 6.º) não operarão seus efeitos a respeito de terceiro, senão pela transcrição e desde a data della", tendo a melhor doutrina interpretado que, a partir de então, antes de "preenchida a formalidade de transcrição do título de transmissão, o domínio sobre imóveis não passa do alienante para o adquirente".<sup>8</sup>

O Código Civil, Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916, adotou este entendimento ao prever a transcrição do título aquisitivo no registro de imóveis como condição para a aquisição da propriedade imobiliária (art. 530, I) e que os atos sujeitos à transcrição não transferem o domínio, senão da data em que se transcreverem (art. 533).

É o regime atualmente em vigor.

### Posse

Indissolúvelmente ligado ao conceito de propriedade está o de posse.

São diferentes e não se confundem; nas palavras de LAFAYETTE:

**"A posse é, pois, em sua origem e essência distinta do domínio: tem vida própria e independente; pode ou subsistir só, ou coexistir com ele."**<sup>9</sup>

Importante a distinção porque não raro a posse e a propriedade não estão na mesma pessoa, evidenciando o contraste.<sup>10</sup>

A conceituação de posse dá margem a grandes debates:

**"...é o campo onde os termos andam mais controvertidos... Sem embargo dos diferentes entendimentos, em todas as escolas está sempre em foco a idéia de uma situação de fato, em que uma pessoa, independentemente de ser ou não ser proprietário, exerce sobre uma coisa poderes ostensivos, conservando-a e defendendo-a."**<sup>11</sup>

As teorias sobre a posse, com suas repercussões legislativas, podem ser reunidas em duas grandes escolas, a de SAVIGNY, chamada subjetivista, e a de VON JHERING, objetivista.

Conforme SAVIGNY, para que o estado de fato da pessoa em relação à coisa seja considerada posse é necessário além do elemento físico (**corpus**), a vontade de proceder em relação à coisa como procede o proprietário (**affectio tenendi**) e a intenção de tê-la como dono (**animus**).

JHERING entende bastar o elemento físico (**corpus**), e a vontade de proceder em relação à coisa como procede o proprietário (**affectio tenendi**), subentendido aí o **animus**, de difícil verificação.

A legislação brasileira adotou, em substância, a teoria de JHERING, sem embargo de algumas concessões ao subjetivismo<sup>12</sup>.

A posse continuada, atendidas determinadas condições, dá direito ao usucapião, ou seja, à aquisição do domínio (arts. 550 a 553, do Código Civil; Lei 6.969, de 10.12.81; arts. 941 a 945 do Código de Processo Civil e Dec. 87.620, de 21.09.82).

Para proteger a posse existem as chamadas "ações possessórias", que não se confundem com a ação reivindicatória, na qual se discute quem é o proprietário.

As ações possessórias, disciplinadas pelo Código de Processo Civil, são três: a de manutenção, quando a posse está sendo molestada; a de reintegração, quando o possuidor é esbulhado, ou seja, privado da posse; e o interdito proibitório, quando haja justo receio de turbacão ou de ser molestado (arts. 920 a 933, do Código de Processo Civil).

Além dessas ações, o Código Civil dá ao possuidor turbado ou esbulhado a faculdade de "manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo" (art. 502, **caput**), ou seja, imediatamente, não podendo, todavia, os atos de defesa ou de esforço, "ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse". (art. 502, parágrafo único).

Verifica-se, pois, que o campo próprio de defesa da posse é o cível.

Contudo, o Código Penal de 1940 (Decreto-Lei n.º 2848, de 7 de dezembro de 1940) inovou ao prever o crime de "Ebulho Possessório" (art. 161, § 1.º, II).

### **Ebulho Possessório e Estado de Necessidade**

Além da reunião de todos os requisitos previstos no dispositivo legal, NELSON HUNGRIA ressalta que o crime em questão só se configura quando o objetivo do agente é o da "ocupação... para aí comportar-se **ut dominus**".

A invasão sem tal escopo será mero ilícito civil e "se o agente procede para satisfazer pretensão legítima ou putativamente tal, o crime

será o de exercício arbitrário das próprias razões"<sup>13</sup> (art. 345 do Código Penal).

HELENO CLAUDIO FRAGOSO ressalta que "o sujeito passivo do crime deve ter a posse pacífica do imóvel. **Se a posse era promiscua e discutida, como ensina CARRARA, § 2431, não se pode configurar o delito...**"<sup>14</sup>

Ademais há que se verificar sempre se não está presente o estado de necessidade, causa de exclusão de antijuridicidade.

Determina o Código Penal (com a redação da parte geral dada pela Lei n.º 7.209, de 11 de julho de 1984):

*"Art. 23 — Não há crime quando o agente pratica o fato:  
I — em estado de necessidade;*

*....."*

*"Art. 24 (Estado de Necessidade) — Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se."*

DAMÁSIO E. DE JESUS, comentando o art. 24 do Código Penal, ensina que:

*"A expressão "direito" deve ser entendida em sentido amplo, abrangendo qualquer bem jurídico, como a vida, a integridade física, a honra, a liberdade e o patrimônio."*<sup>15</sup>

No mesmo sentido, a lição de doutrinadores estrangeiros.<sup>16</sup>

Justamente neste ponto, é fundamental um exame acurado das circunstâncias que envolvem as pessoas que praticam o fato imputado como delito penal para que possa haver a distinção entre a ocupação por necessidade e a invasão, esta com fins de especulação, o chamado "grilo".

### **CONCLUSÃO**

A ocupação por necessidade, entendida como:

*a ocupação de glebas ociosas e inproveitadas, por famílias de trabalhadores rurais, carentes e sem terras, que lhes dão aproveitamento econômico a partir de uma cultura de subsistência e nas mesmas passam a habitar, é um fenômeno social que, ao ser avaliado juridicamente, deve importar numa consideração das circunstâncias sociais, econômicas e históricas em que se inscreve.*

Há que se levar em conta, dentre outros aspectos, a incapacidade de oferta de empregos em nível suficiente, a exploração de trabalhadores rurais em níveis inaceitáveis, os elevados índices de mortalidade infantil, subnutrição e doenças.

Pessoas correndo o perigo, atual ou iminente, de terem a sua saúde ou vida, e a de seus filhos, afetada, às vezes de maneira irreversível, por estes males, não podem ao ocupar pacificamente e sem violência terras inaproveitadas e ociosas, para da terra obter o necessário para uma subsistência sem grandes riscos e nela habitar, ter o mesmo tratamento jurídico previsto e freqüentemente não aplicado para aqueles que, mediante violência e para fins especulativos, ocupam a terra alheia, mediante a chamada "grilagem".

É indispensável um cuidadoso exame para que a distinção seja feita corretamente.

Deve ser considerado que a ocupação por necessidade, como acima conceituada, torna produtiva uma terra antes inaproveitada e permite que famílias que não tinham como se sustentar com um mínimo de dignidade invertam tal situação e deixem de engrossar a massa humana que incha assustadoramente as cidades, que não têm condições de suportar tal afluxo, gerando uma situação de caos e violência desenfreada.

Bastante delicada é a situação envolvendo a propriedade da terra ocupada por necessidade. O proprietário, sem dúvida, tem seus direitos.

Porém, o direito de propriedade emerge da Constituição condicionado a uma **função social** e é extremamente questionável que uma terra inaproveitada, confinando com grandes contingentes humanos passando necessidades e que de um chão querem tirar o seu sustento, esteja preenchendo aquela função. Como nota JOSÉ AFONSO DA SILVA, as normas constitucionais programáticas têm "eficácia jurídica imediata, direta e vinculante" em vários aspectos e, dentre eles, o de dar sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; condicionar a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; e criar situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem.

Além disso, o direito português e o brasileiro têm uma longa tradição em associar a propriedade rural ao seu aproveitamento econômico. A gênese da propriedade privada no Brasil está indissolúvelmente ligada, pelo regime de doação de sesmarias, à efetiva cultura da terra.

Entendemos, pois, que a questão da ocupação por necessidade, tal como aqui conceituada, se situa essencialmente no campo cível enquanto conflito de interesses entre particulares, mas esta lide, por envolver o próprio conceito de direito de propriedade, em sua formula-

ção sua dinâmica histórica, como que transborda para o direito público.

Portanto, eventuais ações possessórias causadas por ocupações por necessidade, propostas por proprietários ou por aqueles que aleguem tal condição (ou por "posseiros" não-proprietários que não cultivam a terra?), não deveriam ter a concessão de liminares, mas ao contrário, importar em cuidadoso exame da efetiva posse e, nos casos em que for cabível, um minucioso exame de titularidade, sem esquecer que marcos naturais, incertos e perecíveis se prestam a confusões, sendo de prudência, em tais casos, ouvir o Poder Público.

A violência, ou a respectiva ameaça, seja quem for o seu agente, deverá ensejar a imediata ação de autoridade policial para a apuração do ilícito penal resultante.

## NOTAS

- 1 — Vide M. M. de Serpa Lopes, **Curso de Direito Civil**, 6.º, n.º 145; **A concepção moderna do direito de propriedade**, n.º 146; **O regime da propriedade, segundo o direito soviético**.
- 2 — José Afonso da Silva — **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, 2.ª edição, § 17, n.º 66.
- 3 — Antônio Luiz Porto e Albuquerque — **História do Brasil**, cap. 2.
- 4 — Raymundo Faoro — **Os Donos da Poder**, Cap. IV.
- 5 — **Apud** Raymundo Faoro — **idem**.
- 6 — Raymundo Faoro, **ob. cit.** cap. XI, 4.
- 7 — Waldemar Loureiro, **Registro da Propriedade Imóvel**, item 3.
- 8 — Lafayette Rodrigues Pereira, **Direito das Coisas**, § 48.
- 9 — Lafayette Rodrigues Pereira, **ob. cit.**, § 2.
- 10 — Vide Orlando Gomes, **Direitos Reais**, n.º 11.
- 11 — Caio Mário da Silva Pereira, **Instituições de Direito Civil**, v. IV, n.º 284.
- 12 — Vide Caio Mário da Silva Pereira, **ob. cit.**, v. IV, n.º 285.
- 13 — Nelson Hungria, **Comentários ao Código Penal**, v. VII, p. 93.
- 14 — Heleno Cláudio Fragoso, **Lições de Direito Penal**, Parte Especial, v. 2.
- 15 — Damásio E. de Jesus, **Comentários ao Código Penal**, p. 442.
- 16 — Vide Sebastian Soler, **Derecho Penal Argentino**, Tomo I, § 33, e VI.

## PODER JUDICIÁRIO