FABIO HENRIQUE DI LALLO DIAS

USUCAPIÃO DA PROPRIEDADE IMATERIAL

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Departamento de Direito Civil, como requisito
parcial para obtenção do Título de Mestre.

Orientador: Professor Titular Carlos Alberto
Dabus Maluf.

Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito
São Paulo
2010

USUCAPIÃO DA PROPRIEDADE IMATERIAL

AGRADECIMENTOS

À minha família e amigos, sustentáculos da vida, agradeço o constante apoio e incentivo.

Ao Professor Carlos Alberto Dabus Maluf agradeço a orientação e o aprendizado.

Ao Doutor André Serrão Borges de Sampaio agradeço a experiência e o saber compartilhados diariamente.

Às Doutoras Maria Augusta da Matta Rivitti e Mariana de Souza Cabezas agradeço o constante incentivo ao estudo do Direito.

Ao Doutor Luciano Velasque Rocha agradeço a ajuda fundamental prestada.

A realidade dos direitos é independente da materialidade do objeto.

Pontes de Miranda

SUMÁRIO

I)	INTRODUÇÃO.....	08
II)	OBJETO E MÉTODO DE ESTUDO.....	09
III)	HISTÓRICO.....	11
	III.A) DA USUCAPÃO.....	11
	III.B) DA USUCAPÃO NO BRASIL.....	14
IV)	CONCEITO E PRESSUPOSTOS.....	17
	IV.A) DA USUCAPÃO.....	19
	IV.B) DA POSSE.....	21
	IV.B.1) POSSE NO DIREITO ROMANO.....	21
	IV.B.2) POSSE NO DIREITO GERMÂNICO.....	23
	IV.B.3) POSSE NO DIREITO CANÔNICO.....	24
	IV.B.4) POSSE NO BRASIL.....	25
	IV.B.5) POSSE NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002.....	28
	IV.B.6) TEORIAS POSSESSÓRIAS.....	30
	IV.B.6.1) TEORIA DE SAVIGNY.....	30
	IV.B.6.2) TEORIA DE IHERING.....	32
	IV.B.6.3) TEORIA DE SALEILLES.....	32
	IV.B.6.4) TEORIA DE PEROZZI.....	33
	IV.B.6.5) TEORIA DE KANT.....	34
	IV.B.7) NATUREZA JURÍDICA.....	35
	IV.B.8) POSSE <i>AD USUCAPIONEM</i>	37
	IV.C) DA COISA.....	45
	IV.D) DO LAPSO TEMPORAL.....	53
	IV.E) DO JUSTO TÍTULO E BOA-FÉ.....	55
V)	FUNÇÃO SOCIAL.....	61
	V.A) FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMATERIAL.....	61
	V.B) FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE.....	68
	V.C) FUNÇÃO SOCIAL DA USUCAPÃO.....	72

VI)	USUCAPIÃO DA PROPRIEDADE IMATERIAL.....	74
VI.A)	USUCAPIÃO DE SERVIDÕES.....	74
VI.B)	USUCAPIÃO DA ENFITEUSE.....	76
VI.C)	USUCAPIÃO DE DIREITO REAL DE USO.....	80
VI.D)	USUCAPIÃO <i>VERSUS</i> DIREITOS REAIS EM GARANTIA.....	82
VI.E)	USUCAPIÃO DE LINHAS TELEFÔNICAS.....	85
VI.F)	USUCAPIÃO DE AÇÕES.....	89
VI.G)	USUCAPIÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL.....	99
	VI.G.1) USUCAPIÃO DO DIREITO DE AUTOR.....	100
	VI.G.2) USUCAPIÃO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL.....	104
VI.H)	USUCAPIÃO DE ENERGIA ELÉTRICA.....	109
VI.I)	USUCAPIÃO DE BENS VIRTUAIS (DOMÍNIO, CORREIO ELETRÔNICO E PROGRAMAS DE COMPUTADOR).....	114
V.J)	USUCAPIÃO DE CARGO PÚBLICO.....	117
VII)	CONCLUSÃO.....	121
VIII)	BIBLIOGRAFIA.....	126
	RESUMO.....	134
	ABSTRACT.....	135

I) INTRODUÇÃO

O instituto da usucapião é tema bastante difundido entre os doutrinadores da cátedra civilista. Diversas são as elucubrações que envolvem o tema, mostrando o quão polêmico e fascinante se mostra o instituto ora abordado.

A usucapião traz em seu bojo a efervescência dos institutos dos direitos reais, insertos no ramo do direito de propriedade, onde nascem inúmeras controvérsias que permeiam tanto a seara do Direito, quanto da economia, da sociologia e da política.

A usucapião, prevista no art. 1.238 e seguintes do Código Civil de 2002 é um dos modos originários de aquisição de propriedade e visa a emprestar juridicidade à situação fática, depois de transcorrido certo lapso temporal estabelecido em lei.

Dentro deste contexto, o estudo que ora se propõe tratará de analisar a possibilidade de recair o instituto da usucapião sobre bens incorpóreos, haja vista a idéia arraigada de que a posse não alcança estes bens, mas tão-somente os bens corpóreos.

O tema afigura-se ainda bastante propício na atualidade na medida em que se percebe um aumento significativo no número de ações de usucapião de bens móveis, *principalmente na era tecnológica que estamos vivendo, com equipamentos, máquinas e aparelhos cada vez mais sofisticados e de altíssimo valor*¹, cuja característica da corporeidade vem constantemente desaparecendo.

¹ Cf. PINTO, Nelson Luiz. *Ação de usucapião*. São Paulo: RT, 1987, p. 70.

II) OBJETO E MÉTODO DE ESTUDO

O objeto nuclear da presente pesquisa que se debruça é inferir do vocábulo *coisa* sua real extensão. Um estudo preliminar sobre este conceito mostra-se de suma importância, eis que a partir do seu delineamento chegaremos à conclusão se o bem incorpóreo está no seu campo de abrangência ou se lhe foge.

Para tanto, faz-se necessário a conjugação deste conceito com o conceito da *posse* que uma vez imbricados tornam-se alvo da usucapião.

Em outras palavras, admitida a posse de bem incorpóreo estaremos diante da *usucapião da propriedade imaterial*, que é o objeto do presente estudo.

E por se tratar a usucapião de instrumento jurídico que corrobora a segurança jurídica com a cristalização de uma situação fática, torna-se primordial apresentar um esboço histórico deste instituto para se analisar sua evolução no tempo e o respectivo tratamento diferenciado nas diversas ordenações.

Delimitado o objeto, passamos a analisar o método de estudo.

A investigação abrange o plano jurídico-positivo relativo ao tema, perquirindo a legislação, a doutrina e a jurisprudência brasileira e estrangeira.

Optou-se, preponderantemente pelos métodos dialético, que se pauta em discussões doutrinárias divergentes, e dedutivo, que parte da análise principiológica para as consequências, ou seja, do geral para o particular.

Além de passar pelo método dogmático, adequado para análise do Direito positivo, utilizou-se também o método histórico, com o objetivo de se analisar as diversas modalidades interpretativas, bem como seus limites de aplicabilidade no Direito Civil. Na medida do apropriado, utilizou-se o método crítico.

Fez-se uso, outrossim, do método comparativo, que, pautando-se na experiência legiferante e doutrinária de outros países, indicaram-se soluções no que respeita ao nosso ordenamento.

O trabalho engloba pesquisa notadamente nas áreas de Direito Civil, Comercial, História do Direito, Internacional Privado e da Hermenêutica Jurídica.

III) HISTÓRICO

III.A) DA USUCAPÇÃO²

É bastante controversa a origem da usucapião. Seu berço ainda não possui uma pátria certa, dividindo-se entre Grécia e Roma a opinião dos historiadores do direito.

Defendendo a Grécia como pátria da usucapião podemos citar as anotações de ANTONIO DE ALMEIDA OLIVEIRA³, destacando passagem do livro *A República* de Platão em que o instituto é citado.

Já para PEDRO NUNES⁴ a origem da usucapião remonta à Lei das Doze Tábuas de Justiniano, primeira fonte do Direito Romano. A tábua VI que tratava da propriedade e da posse (de *dominio et possessione*) continha os seguintes dizeres: *usus auctoritas fundi biennium esto coeterarum rerum annus*, que podemos reproduzir da seguinte forma, com ressalvas de possíveis imperfeições a que estão sujeitas as traduções: adquire-se a propriedade do solo pela posse de dois anos e das outras coisas pela posse de um ano.

Com efeito, embora exista a divergência foi o Direito Romano que trouxe ao mundo os contornos jurídicos do instituto em maior extensão e profundidade, alcançando tamanho grau de importância que perdura até nossos dias.

Pois bem. A expressão *usus auctoritas*, presente na Lei das Doze Tábuas foi o embrião da usucapião, sendo *usus* o termo que designava a posse e *auctoritas* a proteção legal concedida ao proprietário, e juntas teriam o mesmo significado da expressão *usucapio*, posteriormente adotada.⁵

² Cf. José Carlos Moreira. *Evolução Histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, pp. 6-45.

³ OLIVEIRA, Antonio de Almeida. *A Prescrição em Direito Comercial e Civil*, 1ª ed., Typ. A. Vapor de Farias & Cia. Succs., Maranhão, 1896, p. 25.

⁴ NUNES, Pedro. *Do usucapião*, 3ª ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro: 1964.

⁵ Cf. NEQUETE, Lenine. *Da Prescrição Aquisitiva (Usucapião)*. Rio de Janeiro: Sulina, 1954, p. 14.

Mais tarde, a usucapião prevista na Lei das Doze Tábuas sofreu alterações de normas supervenientes, restringindo o seu alcance.

De fato, foram excluídas da prescrição aquisitiva as coisas obtidas através de violência (*res vi possessae*) pela *Lex Iuliae* e *Plautia* e, posteriormente, excluíram-se as servidões prediais como suscetíveis da usucapião por meio da *Lex Scribonia*.⁶

Destaque-se que a Lei das Doze Tábuas era aplicável tão-somente aos romanos, excluindo-se, portanto os estrangeiros. Por esse motivo, o instituto da usucapião não foi largamente difundido, prevalecendo outras formas de aquisição como a *mancipatio* para as coisas móveis e a *traditio* para as coisas imóveis. A usucapião ficou então restrita aos cidadãos romanos, conhecidos como *quirites*, dando-se origem à seguinte expressão: *usucapio est modus acquirendi dominium iuris Quiritium*, que sintetizava o contexto a que a usucapião estava inserida.

Diante desta restrição, os peregrinos alheios à usucapião não detinham qualquer instrumento legal de amparo a sua posse. Surgiu então o instituto da *praescriptio longi temporis*, instituída pelo Imperador Teodósio II, que os peregrinos se valiam como remédio processual adequado à defesa da posse. Não se tratava, porém, de meio hábil para se adquirir a propriedade, mas tão-somente como meio de defesa contra quem lhe reivindicasse ser possuidor.

Coexistiram, portanto, os institutos da *usucapio* e da *praescriptio longi temporis*, diferenciando-se quanto aos sujeitos passivos e quanto ao prazo, sendo de 10 anos para este último, enquanto que a *usucapio* previa ano ou biênio dependendo do caso, como visto acima.

Posteriormente, mais precisamente em 531 d.C., Justiniano unificou os dois institutos – a usucapião da lei das XII Tábuas e a *praescriptio longi temporis*, sob o nome de *usucapio*.⁷

⁶ Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Evolução Histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, pp. 6-45.

Após, outras formas surgiram, tais como a prescrição extraordinária, a prescrição imemorial e a prescrição quarentenária.

A primeira delas, a prescrição extraordinária, dispensou o justo título como requisito para sua percepção, depois de transcorridos trinta anos. Ressalte-se que somente o justo-título foi afastado, restando ainda a boa-fé como requisito parcial a ser comprovada em sede de contestação à ação reivindicatória. Em suma, na prescrição extraordinária eram necessários, portanto, a comprovação de dois requisitos, a saber, a boa-fé e a posse continuada por mais de trinta anos.

A prescrição imemorial, por seu turno, é atinente à posse cujo início não se encontra registro na memória popular, ou seja, de momento incerto e não sabido quando da sua constituição, fazendo prova pelo depoimento dos mais velhos, mas não pelo que viram, mas pelas histórias que lhes teriam contado.

Já a prescrição quarentenária – *quadraginta annorum praescriptio* – era atinente aos bens dominicais, aos de uso especial e aos bens litigiosos.

Essas formas de usucapião foram incorporadas a diversos sistemas jurídicos que se seguiram, surgindo também outras formas a partir delas, cujas características peculiares se apresentam de acordo com a sociedade que as empregam.

Denota-se deste breve esboço histórico supra alinhavado que a usucapião sofreu diversas alterações ao longo de sua história, cujos pressupostos foram se adequando aos diversos momentos históricos, principalmente em relação ao prazo para sua percepção, que certamente reflete a preocupação dos diversos legisladores em tornar eficaz juridicamente uma situação fática precária em nome da segurança jurídica.

⁷ Cf. LEITE, Armando Roberto Holanda. *Usucapião Ordinária e Usucapião Especial*. São Paulo: RT, 1983, p. 7.

III.B) DA USUCAPÇÃO NO BRASIL⁸

A usucapião, como amplamente conhecida, é, *grosso modo*, a convalidação da posse em propriedade. Por tal motivo, mister se faz um estudo analítico tanto da posse quanto da propriedade. E, para que possamos entender esses institutos por completo, necessário antes que conheçamos a História.

No Brasil, com cuja circunscrição territorial o presente trabalho se preocupa e é nele focada, antes mesmo de ser “descoberto”, as terras já pertencia à Coroa portuguesa, em virtude do Tratado de Tordesilhas, firmado entre Portugal e Espanha em 1494.

Após 1500, ano da chegada dos portugueses ao Brasil, as terras continuaram sob o domínio direto lusitano, até a divisão das terras em sesmarias trinta anos mais tarde e a respectiva concessão a particulares, pela ameaça de invasão de outros reinos. Segundo esse critério para ocupação das terras brasileiras, a propriedade continuava pertencendo à Coroa e a posse tinha caráter precário.

No Império, antes mesmo de qualquer codificação nacional, era reconhecida a aquisição da propriedade somente pela prescrição imemorial, eis que as terras eram bens públicos pertencentes à Coroa Portuguesa.

O sistema de sesmarias perdurou até 1822, quando o príncipe regente D. Pedro o suspendeu por meio de Resolução imperial nº 76, de 17 de julho daquele ano, *verbis*: *Fique o suplicante na posse das terras que tem cultivado e suspendam-se todas as sesmarias futuras até a convocação da Assembléia Geral, Constituinte e Legislativa.*

Dali em diante, a ocupação das terras passou a ser exercida por meio da posse sem a presença de qualquer título hábil, até a promulgação da Lei de Terras nº 601, de 18 de

⁸ Cf. LIMA, Graziela Fernanda Buscarin. *Evolução histórica da propriedade territorial no Brasil*. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2002.

setembro 1850, que legitimou a posse, desde que houvesse cultivo, ainda que germinal, e servisse de morada ao possuidor.⁹

A boa-fé era requisito obrigatório em virtude da herança canônica presente à época. BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO relata-nos que, antes do código civil, a usucapião ainda era chamada de *longi temporis praescriptio* e consumava-se em 3 anos para bens móveis e para imóveis em 10 anos, caso proprietários e prescribentes residissem na mesma comarca, ou vinte anos, caso residissem em comarcas distintas.

A Lei de Terras foi, como visto, o embrião da usucapião no Brasil, que depois foi sendo estendida às diferentes realidades que se seguiram, até culminar com as modalidades que conhecemos hoje previstas na Constituição (1988), Estatuto das Cidades (Lei 10.257, de 10 de julho de 2001) e Código Civil (2002).

O presente trabalho, por não albergar a propriedade imóvel, restringir-se-á à análise do Código Civil que nos fornecerá os subsídios necessários para a presente dissertação.

⁹ “Art. 5º Serão legitimadas as posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária, ou havidas do primeiro ocupante, que se acharem cultivadas, ou com princípio de cultura, e morada, habitual do respectivo possuidor, ou de quem o represente, guardadas as regras seguintes:

§ 1º Cada posse em terras de cultura, ou em campos de criação, compreenderá, além do terreno aproveitado ou do necessário para pastagem dos animais que tiver o possuidor, outrotanto mais de terreno devoluto que houver contíguo, contanto que em nenhum caso a extensão total da posse exceda a de uma sesmaria para cultura ou criação, igual às últimas concedidas na mesma comarca ou na mais vizinha.

§ 2º As posses em circunstâncias de serem legitimadas, que se acharem em sesmarias ou outras concessões do Governo, não incursas em comisso ou revalidadas por esta Lei, só darão direito à indenização pelas benfeitorias.

Exceptua-se desta regra o caso de verificar-se a favor da posse qualquer das seguintes hypotheses: 1ª, o ter sido declarada boa por sentença passada em julgado entre os sesmeiros ou concessionários e os possuidores; 2ª, ter sido estabelecida antes da medição da sesmaria ou concessão, e não perturbada por cinco annos; 3ª, ter sido estabelecida depois da dita medição, e não perturbada por 10 annos.

§ 3º Dada a excepção do paragrapho antecedente, os possuidores gozarão do favor que lhes assegura o § 1º, competindo ao respectivo sesmeiro ou concessionário ficar com o terreno que sobrar da divisão feita entre os ditos possuidores, ou considerar-se também possuidor para entrar em rateio igual com elles.

§ 4º Os campos de uso commum dos moradores de uma ou mais freguezias, municipios ou comarcas serão conservados em toda a extensão de suas divisas, e continuarão a prestar o mesmo uso, conforme a pratica actual, emquanto por Lei não se dispuzer o contrario.”

Com o advento do Código Civil de 1916 a questão da usucapião foi regulada e ganhou feição outra, trazendo duas hipóteses específicas de usucapião, a ordinária e a extraordinária, nos artigos 618 e 550, respectivamente para bens móveis e imóveis.

Nosso segundo Código, o Código Civil de 2002, ora vigente, traz a matéria regulada pelo artigo 1.238 e seguintes, que serão objetos de análise específica do presente estudo nas linhas que se seguem.

IV) CONCEITO E PRESSUPOSTOS

Antes de adentrarmos propriamente os conceitos que balizam esta dissertação, é preciso desgarrar-se de paradigmas postos para compreendermos melhor o sentido das coisas que tiveram suas formas alteradas, mas permanecem incólumes em seus conteúdos.

A hermenêutica jurídica, segundo CARLOS MAXIMILIANO PEREIRA DOS SANTOS, tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. Eis os seus dizeres:

“as leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: **descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão.** Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”.¹⁰

Ou seja, através da hermenêutica extrai-se da norma jurídica seu verdadeiro alcance que, frise-se, não é estático. As interpretações das normas sobre as quais o analista do Direito se debruça são frutos de uma intersecção entre a análise semântica com a observação da evolução histórica até a atualidade.

O conceito, portanto, deve estar alinhado com os paradigmas de determinada etapa histórica que, diante de fatos novos, hão de se enquadrar razoavelmente às hipóteses existentes, pois se tratam geralmente de novas manifestações de antigos conceitos que, apesar da originalidade apresentada, não perderam a sua essência.

Em outras palavras, antes de inventar novo instituto jurídico é necessário averiguar primeiro se os novos conceitos encaixam-se aos conceitos pré-existentes, dentro de

¹⁰ SANTOS, Carlos Maximiliano dos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1.

uma zona segura de interpretação. Parece evidente que, com o avanço tecnológico, novas coisas são apresentadas à sociedade a todo instante, que à primeira vista são carecedoras de normas, mas cujos conceitos estão aptos a serem inseridos dentro do ordenamento jurídico positivo vigente.

Não podemos ficar presos a conceitos que não seguiram a evolução dos negócios jurídicos, mormente quando o avanço tecnológico constantemente traz ao universo diversos conceitos outrora inexistentes. Neste sentido MARCO AURÉLIO GRECO, ao tratar de bens virtuais, faz a seguinte ponderação:

“os bens considerados ‘virtuais’ têm valor próprio, em geral muitas vezes superior ao que têm os seus equivalentes em átomos. Esta mudança, cuja rapidez espanta todos os que se dedicaram ao estudo do tema, não encontrou, ainda, igual ritmo na adaptação das diversas legislações, o que é compreensível, seja pela velocidade com que os avanços da informática ocorrem, seja pela necessidade de maturação do debate a fim de evitar providências legislativas apressadas.”¹¹

Frise-se que a tarefa interpretativa deve ser sempre de interpretação e não de construção de sentido sob pena de se quebrarem os princípios informadores da ordem constituída, desvirtuando as bases legais, o que ocasionaria mutações consideradas ilícitas.

Contudo, ao tratar de quebra de paradigmas jurídicos, faz-se necessário a adaptação de elementos típicos às mudanças radicais de paradigmas sociais, o que não necessariamente violenta o valor da segurança jurídica, tampouco esvazia a força volitiva da norma a que determinado conceito está inserido. Neste sentido confira pensamento perfilado por GUILHERME CEZAROTI, que *mutatis mutandis* trata do conceito de mercadoria:

“A referência à legislação comercial ou civil não impede que o conceito de mercadoria varie ao longo do tempo, porque a evolução humana demonstra que novos tipos de bens suscetíveis de apropriação e comercialização surgem ao longo do tempo. Somente se estivéssemos diante de um termo expressamente definido pela legislação, é que poderíamos manter-nos ao largo das modificações ocorridas no correr dos anos. Contudo o legislador foi sábio ao

¹¹ GRECO, Marco Aurélio. *Internet e Direito*. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2000, pp. 18-20.

não engessar o termo ‘mercadoria’, porque sabe que a sua identificação pode sofrer influências de acordo com a circunstância histórica”.¹²

Conforme salientou o então ministro JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE, ao julgar um processo que debatia questão ligada a um crime de informática, a invenção da pólvora não tornou necessário alterar a lei que define o homicídio para prever o uso de arma de fogo.¹³ Em suma: a legislação pode ser adequada ao fato existente.

IV.A) DA USUCAPIÃO

Usucapião é a aquisição da propriedade pela posse ininterrupta de determinada coisa por certo lapso temporal previsto em lei. Por ter como um dos seus principais elementos configuradores o lapso temporal, também é chamada a usucapião de prescrição aquisitiva.

Para melhor compreensão deste instituto, basta conferir sua etimologia: usucapião tem origem latina derivada do verbete *usucapere*, que, por sua vez, dá origem à expressão *usucapio*.

Usucapere nada mais é que a conjunção das palavras *usus* e *capere*. *Usus*, além de significar uso propriamente dito, era empregado à época justiniana como sinônimo de *possessio*, traduzida por posse. *Capere*, por sua vez, significa adquirir.

Assim, nos primórdios, usucapião era simplesmente a aquisição pelo uso, pela posse.

A usucapião tem como elemento configurador, portanto, três requisitos básicos: a coisa idônea (*res habilis*), a posse (*possessio*) e o tempo (*tempus*).

Compreendem-se por coisa idônea as coisas postas em comércio (*res in commercio*) que são hábeis de serem adquiridas (*res habilis*). Ou seja, se a coisa for alienável,

¹² CEZAROTI, Guilherme. *ICMS no Comércio Eletrônico*. São Paulo: MP, 2005, p. 98.

¹³ STF, HC 76.689-PB, 1ª Turma, DJ 06.11.1998.

ela é, portanto, prescritível, nos termos do brocardo romano *alienabile, ergo praescriptibile* e mais inteligente ainda é o brocardo *alienare videtur qui rem suam patitur usucapi*, que se traduz na idéia de que se aparenta alienar o sujeito que se mantém inerte diante do usucapiente.

Não são suscetíveis de usucapião, portanto, os bens públicos descritos na Constituição e leis ordinárias esparsas (art. 102, do Código Civil), bem como os bens atrelados aos sujeitos que estão alheios à prescrição (art. 197, 198 e 199, do Código Civil), por força dos artigos 1.244 e 1.262 do Código Civil, bem como os bens fora de comércio e os bens de uso comum pelos condôminos. Ressalte-se que os bens inalienáveis somente podem ser adquiridos pela usucapião extraordinária, cujos requisitos veremos adiante.

A posse, cuja análise pormenorizada se dará em capítulo específico, corresponde, *grosso modo*, à manifestação do sujeito em ter o domínio da coisa.

O tempo, por seu turno, corresponde ao lapso temporal previsto em lei que se apresenta variável ante a característica específica de cada coisa.

Pois bem, esses três requisitos são os elementos configuradores da usucapião mais trivial, a usucapião extraordinária prevista no artigo 1.238 para os imóveis e artigo 1.261 para a propriedade móvel, ambos do Código Civil.

Já na usucapião ordinária, são acrescentados aos requisitos formais do tempo e da posse os requisitos especiais da boa-fé e do justo título, presente nos artigos 1.242 e 1.260, para bens imóveis e móveis, respectivamente.

Por posse de boa-fé entende-se o estado de subjetividade (*animus*) em que se encontra o possuidor, correspondente ao desconhecimento de qualquer dos vícios (violência,

clandestinidade ou precariedade) ou obstáculos (permissão ou tolerância), impeditivos à aquisição da posse.¹⁴

Justo título refere-se ao modo de aquisição eficiente da posse, independentemente de documento propriamente dito.¹⁵

Cinco, portanto, são os pressupostos consagrados doutrinariamente para configuração da usucapião ordinária, quais sejam, *res habilis* (coisa idônea), *iusta causa* (justa causa), *bonas fides* (boa-fé), *possessio* (posse) e *tempus* (tempo).

Essa breve explicação de conceitos serve para que possamos diferenciar os diversos tipos de usucapião, sem prejuízo de uma análise pormenorizada dos demais conceitos que veremos nos tópicos adiantes.

Saliente-se que há ainda, outros tipos de usucapião (coletivo, rural, etc.) que não guardaremos maiores detalhes, eis que fogem do escopo da presente dissertação.

IV.B) DA POSSE

A posse, tal como compreendida na atualidade, remonta, precipuamente ao Direito Romano, ao Direito Germânico e ao Direito Canônico, que ora passamos a analisar um a um.

IV.B.1) POSSE NO DIREITO ROMANO

A posse no Direito Romano passou por diversas transformações ao longo da história que podemos didaticamente dividir em três períodos, quais sejam: (i) a época antiga e

¹⁴ Cf. FIGUEIRA JR., Joel Dias, in FIÚZA, Ricardo. *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1.070.

¹⁵ Idem, *ibidem*.

republicana, denominada pré-clássica; (ii) a época imperial clássica, e (iii) a época romano-helênica e justinianéia.¹⁶

Na época pré-clássica distinguia-se a senhoria de fato e a senhoria de direito sobre coisa, que não se mesclam nem com o transcurso do tempo. MOREIRA ALVES, ao se referir a esse período esclarece essa situação:

“a posse é uma senhoria de fato sobre coisa com relação à qual o concedente tem a senhoria de direito; senhoria de fato que não se transforma jamais em senhoria de direito, e é revogável, sem limite no tempo, e exercida com a intenção de ter a coisa para si.”¹⁷

Tal situação é explicada pelo fato de que competia ao Rei distribuir as terras conquistadas e a maior parte delas eram destinadas aos patrícios que detinham, então, a posse dessas novas glebas.¹⁸

Com relação à época imperial clássica, a posse é caracterizada pela senhoria de fato sobre a coisa que é constituída por um elemento objetivo (objeto hábil) e um subjetivo (ânimo possuidor), que MOREIRA ALVES assim nos traz:

“no segundo [período], observa-se a obra de análise que os juristas imperiais fazem da posse como se lhes apresentava delineada no começo do império; é a posse, nesse período, a senhoria de fato sobre a coisa que se consubstancia e se exaure nos dois elementos da disponibilidade material de seu objeto: o elemento objetivo (*possessio corpore*) e o elemento subjetivo (*animus possidendi*); e é ela irrevogável, ilimitada no tempo e capaz de conduzir à aquisição da senhoria de direito (o domínio).”¹⁹

Em um terceiro momento, agora na época romano-helênica e justinianéia, nasce a posse jurídica, que a é a posse que prescinde da disponibilidade da coisa, conforme resumo apresentado por MOREIRA ALVES:

¹⁶ Cf. ALVES, José Carlos Moreira, *Posse - Evolução Histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 10.

¹⁷ Idem, *ibidem*.

¹⁸ Idem, p. 16.

¹⁹ Idem, p. 10.

“no terceiro [período], subverte-se o instituto clássico da posse: surge a idéia de que se pode possuir o direito, aparecendo, assim, ao lado da *possessio rei* (posse da coisa), a categoria da *possessio iuris* (posse de direito)/ por isso, a noção de posse, estendida aos direitos reais, se altera, passando a ser o exercício do direito de propriedade ou de qualquer outro direito real, que se associa a um efetivo (ou, pelo menos, que, de boa-fé, se acredita existir) estado de direito, tendo sua base na intenção do sujeito conforme o direito (*animus domini*), e prescindindo da efetiva disponibilidade da coisa, a ponto de se poder dizer que a posse, nesse período, é a *possessio animo*, a *possessio iure*, ou seja, a posse jurídica.”²⁰

Resumidamente foram essas as transformações da posse ao longo da história romana que influenciaram sobremaneira os sistemas jurídicos que adotaram a *Civil Law*, como é o caso do sistema brasileiro.

IV.B.2) POSSE NO DIREITO GERMÂNICO²¹

A *Gewere* tem origem no Direito Germânico medieval e restou esquecida por várias décadas, eis que não se vislumbrava distinção entre esta e a posse romana que prevalecia nos livros doutrinários.

Após longa data no esquecimento, despertou-se a curiosidade da doutrina alemã sobre a *Gewere*, com o despontamento da doutrina de SAVIGNY que enxergava na posse o poder físico sobre a coisa, eis que o antigo instituto germânico abarcava situações em que tal poder físico não se verificava, evidenciando-se a diferenciação entre a posse alemã e a posse romana que até então eram tidas como equivalentes.

A *Gewere*, portanto, prescindia da senhoria física sobre a coisa que podia se manifestar independentemente de qualquer vínculo material com a coisa, como, por exemplo, a *Gewere* do herdeiro.

Nos mesmos moldes da posse, o conceito de *Gewere* não se manteve estático, inclusive, com divergência de conceitos em um mesmo momento histórico por não haver

²⁰ Idem, ibidem.

²¹ Idem, pp. 74-108.

consenso entre os historiadores que analisaram este instituto. Apesar da controvérsia doutrinária, prevalece a tese encabeçada por HUBER para quem a *Gewere* é posse e forma jurídica.

Seguindo-se a teoria mais moderna, os elementos constitutivos da *Gewere* são os seguintes: o poder de fato sobre a coisa (diga-se, prescindível) e a constatação de que esse poder corresponde a um direito real sobre a coisa. Na *Gewere*, presume-se que “possuidor” é o titular de direito real sobre a coisa, o que não se verifica na *possessio*.

Com relação ao objeto sobre o qual incide a *Gewere* temos a *Gewere an körperlichen Sachen*, que recai sobre coisa corpórea, tanto móveis quanto imóveis, e a *Gewere an unkörperlichen Sachen*, que recaia também sobre direitos, que não se limitava tão-somente aos direitos reais. Ou seja, em se tratando de *Gewere*, não havia distinção entre a *possessio rei* e a *iuris quasi possessio* quanto a sua incidência.

IV.B.3) POSSE NO DIREITO CANÔNICO

À teoria possessória, são preciosas as contribuições do Direito Canônico. Ao lado do Direito Romano e do Direito Germânico, foi o Direito Canônico que mais contribuiu para a evolução e formação das teorias possessórias, e não há dúvidas que suas teorias juntas embasaram o que se entende por posse na atualidade.

Diferentemente do Direito Romano, o Direito Canônico, no que se restringe à posse, dilatou seu conceito para solucionar fatos sociais que não dispunham de guarida jurídica.

Com efeito, o Direito Canônico estendeu a posse para além dos direitos reais, incluindo em seu âmbito os direitos pessoais e obrigacionais. A posse é, pois, utilizada pelos eclesiásticos como panacéia a fim de manter sua soberania em toda sua jurisdição. Disputas episcopais eram então resolvidas no âmbito das ações possessórias, que desta se valiam para manter seus cargos e direitos a ele atinentes.

Hodiernamente, embora não se compreenda a posse de direitos pessoais e obrigacionais, inegável é que o direito canônico tenha exercido enorme influência nas teorias possessórias que advieram e contribuíram para a concepção do conceito de posse que temos hoje. Foi o Direito Canônico que nos transmitiu a ideia de que a posse é um exercício de um direito e que o direito privado moderno adotou.

IV.B.4) POSSE NO BRASIL

Vigorou no Brasil o direito lusitano até 1822, ano em que ocorreu a independência política da colônia face à Coroa portuguesa. Um ano após, mais precisamente em 20 de outubro de 1823, entrou em vigor lei que determinava a aplicação da legislação portuguesa, enquanto não fosse promulgado Código Civil próprio.

Em 1824 foi promulgada a primeira constituição do País e lá restou consignada a premência de se organizar um Código Civil (art. 179, XVIII, CF de 1824: “Organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e um Criminal, fundados nas sólidas bases da justiça e da equidade”).

Porém, antes da elaboração do Código Civil, TEIXEIRA DE FREITAS foi incumbido de consolidar as leis de direito privado no País, que culminou com a aprovação da *Consolidação das Leis Civis*, datada de 1858. Nesse trabalho, o autor ressaltou a pobreza da legislação no tocante à posse, que se restringia às Ordenações Filipinas e era tratada de modo superficial naquele diploma.

Mais tarde, o mesmo TEIXEIRA DE FREITAS foi contratado para redigir o projeto de Código Civil, que ficou conhecido por *Esboço de Teixeira de Freitas*. A posse, na redação desse esboço de código, sofreu grande influência da obra de SAVIGNY e notadamente do código prussiano de concepção subjetiva.

Nos termos do art. 3.709 do Projeto de Teixeira de Freitas *haverá posse, quando alguém, por si ou por outrem, se achar na possibilidade de exercer atos dominicais sobre alguma coisa com a intenção de ter direito de possuí-la.*

Não obstante a árdua tarefa de TEIXEIRA DE FREITAS, seu trabalho não foi aproveitado, eis que o Governo não concordou com a ideia do autor de criar dois Códigos, sendo um para a parte geral e a outra tratando da parte especial.

Após, surgiram outros projetos de Código (de NABUCO DE ARAÚJO, de FELÍCIO DOS SANTOS e de COELHO RODRIGUES) que também não lograram êxitos.

Em 1899, CARLOS DE CARVALHO publicou a *Nova Consolidação das Leis Civis*. No referido trabalho o autor trouxe ao nosso ordenamento a figura da quase-posse estampada no art. 361, *verbis: a quase-posse dos direitos reais e o exercício dos direitos decorrentes dos interditos.*

Nesse mesmo ano, foi concluído o Projeto de CLÓVIS BEVILAQUA, que, posteriormente, transformou-se no nosso primeiro Código Civil de 1916, cuja orientação podemos encontrar em seu Projeto, que pedimos vênha para transcrever:

“Não há certamente assumpto, em todo o direito privado, que tenha mais irresistivelmente captivado a imaginação dos juristas do que o da posse, mas também difficilmente se encontrará outro que mais tenazmente haja resistido à penetração da analyse, às elucidações da doutrina.

Si é um facto ou um direito, dissentem os auctores; si conceitualmente differe da detenção, é objecto de interminaveis discussões; quaes os seus elementos constitutivos, dizem por modo diverso os mais conspicuos tratadistas.

Dir-se-ia que nessa região, onde uma certa categoria de direito nos apparece ainda em via de formação, na obscura transição do chaos para o kosmos, a doutrina toma o aspecto do meio de onde emerge, e reflecte sobre os espíritos apenas uma luz dubia de crepusculo.

Nenhuma teoria, diz ENDEMANN, apresenta tão grande variedade de opiniões; mas é possível reduzi-las a dous grupos:

a) *Theoria subjectiva* que se tornou dominante com a obra monumental de SAVIGNY, *Das Rechts des Besitzes*, segundo a qual é a vontade de possuir para si que origina a posse juridica, e quem possui por outro é detentor. Assim o representante não possui porque *non habet animum possidentis* (D. 41, 2, fr. 1

§ 20); o locatário também não possui, pois que *conducenti non sit animus possessionem adpiscendi*.

b) Theoria objectiva inteligentemente fundada por JHERING, principalmente com o seu *Besitzville* (1889), para a qual a vontade individual é de todo impotente e indiferente. É uma regra de direito objectivo, uma disposição de lei que decide si temos deante de nós a posse ou a detenção.

A theoria de JHERING foi adoptada por BARON, PFLEEGER, ZOLL, APPLETON, VERMOND e outros.

A doutrina, um momento desorientada pela obra genial de JHERING, pensa DUQUESNE que vae recobrando animo e se recusa a seguir o sabio romanista pelas ultimas veredas que elle traçára. É certo que, na Allemanha sobre tudo, se travou um largo e profundo debate, do qual resultou, porém, o reconhecimento de que se havia dado um valor excessivo ao poder da vontade subjectiva, e si KARLOWA, KUNTZ, BEKKER, DERNBURG na Allemanha, SALEILLES, CUQ ADIBERT, o próprio DUQUESNE na França, e ASCOLI na Italia, não aceitam a doutrina de JHERING em sua integridade, estão mais se aproximados d'elle do que de SAVIGNY.

O codigo civil alemão reflecte essa transacção da doutrina que procura conciliar duas opiniões extremadas, dois pontos de vista inteiramente differentes. Assim é que, si abandonou a theoria do *animus possidendi*, desmantelada pela critica sagaz e erudita de JHERING, ateve-se ao *corpus*. ‘O codigo concede a protecção possessoria, dizem os *Motivos*, afim de conservar a paz juridica sem distinguir se a posse repousa sobre uma relação juridica real ou obrigacional, nem si se possui como proprietario ou não, e nisto se conforma com o *Landrecht* prussiano e com o código saxônio.’ Mas conviria também, proseguindo nesse bom caminho, pôr de lado o *corpus* da theoria savignyana. Foi o que tentou realizar o actual *Projecto* de código civil brasileiro. ‘Sera obra dos legisladores futuros, dizia MEULENAERE ao commentar esta parte do codigo civil allemão, collocar definitivamente o *corpus* da theoria savignyana entre as curiosidades históricas.’ Será desta vez satisfeito o voto formulado pelo distincto traductos do preclaro jurista tudesco a quem se deve a transformação da theoria posse? Como quer que seja, a noção de posse contida nos arts. 565 e 601 do *Projecto* é extrahida da doutrina de JHERING.”²²

Com relação à posse de direitos o Projeto de Código Civil de CLOVIS BEVILAQUA adotou posicionamento intermediário: não tão extremado como o Código Civil alemão, que expurgou do sistema a posse de direitos, e não tão aberta quanto a noção de posse existente no Direito Canônico. Adotou-se, pois, como *uma linha intermediária, compreendendo no conceito de posse todos os direitos reais, com exclusão, naturalmente, da hipoteca, pois que ela não importa a detenção do bem vinculado à garantia do pagamento.*²³

²² BEVILAQUA, Clovis. *Projecto do Codigo Civil Brasileiro – Trabalhos da Comissão Especial da Camara dos Deputados*, Rio de Janeiro: Nacional, 1902, pp. 3 e 32.

²³ Idem, p. 33.

Essas foram, portanto, as características adotadas pelo nosso primeiro Código Civil que se seguiram até o advento do novo Código Civil, que será abordado no tópico seguinte.

IV.B.5) POSSE NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002

Como consabido, apesar de a nova codificação civil ser datada de 2002, ela já nasceu antiga de acordo com a voz corrente. Isso porque seu Anteprojeto é de 1973. Foram, portanto, quase 30 anos de trâmite legislativo. Daí advém as críticas quanto sua real modernidade, com muitas questões que, embora *recentes*, já se encontram ultrapassadas.

Nesse cenário estão insertos os conceitos de posse e de propriedade, que, por sua vez, anseiam por novos rumos do vindouro século XXI. Para isso, faz-se fundamental o papel da doutrina e da jurisprudência, cujas características construtivas não são estáticas, com a fluidez necessária para alavancar a hermenêutica em torno do direito das coisas que merecem respostas ágeis dada a velocidade da nova realidade fática. Nesse sentido, GUSTAVO JOSÉ MENDES TEPEDINO invoca os operadores do Direito para construção dessa nova realidade:

“Um novo tempo não se realiza com a produção de leis novas, desconhecendo-se a identidade cultural da sociedade. É preciso que se ofereça aos profissinais do Direito, com esforço e inteligência, a interpretação mais compatível com a Constituição da República – com os valores da sociedade, com a experiência do Direito vivo, cunhado, em grande parte, pelos magistrados. Assim verificaremos criticamente os aspectos que poderiam estar regulados de outra maneira, procurando, de todo modo, esgotar as possibilidades hermenêuticas *de lege data*.”²⁴

Diante da crescente velocidade que as coisas acontecem na sociedade tecnológica e que ela própria espera, o Código não se manteve inerte e com relação à posse não foi diferente, sem, contudo, menosprezar a sólida construção doutrinária e jurisprudencial

²⁴ TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *Os direitos reais no novo Código Civil*. Emerj ed. especial julho/2002 a abril/2003, parte II, p. 168.

antepassada. Nesse sentido, confira-se EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS do responsável pelo Anteprojeto, MIGUEL REALE:

“Demonstração cabal da objetividade crítica, com que sempre procurou se conduzir na feitura do Anteprojeto, deu-a a Comissão ao restabelecer o art. 485 do Código Civil atual em matéria de posse, não só para atender às objeções suscitadas pelo novo texto proposto, mas também para salvaguardar o cabedal da valiosa construção doutrinária e jurisprudencial resultante de mais de meio século de aplicação.

Nos demais pontos foi mantida, porém, a orientação do Anteprojeto, o qual efetivamente dá contornos mais precisos e práticos a várias disposições sobre posse, inspirando-se na experiência das últimas décadas.”²⁵

Ainda que verificada essa assombrosa velocidade, a sociedade sempre espera um mínimo de segurança jurídica. Por tal razão, o novo Código Civil optou por reduzir os prazos de usucapião e, precisamente na Parte dos Direitos Reais, redigida pelo professor EBERT VIANNA CHAMOUN, alterou o conceito de posse em relação à antiga codificação.

A posse no novo Código Civil tem afirmada a sua autonomia, inclusive em relação ao domínio, atrelada à respectiva função social, cuja concepção deve, ainda, ser interpretada em consonância com a Constituição vigente, conforme preceitua GUSTAVO JOSÉ MENDES TEPEDINO:

“Essa visualização do domínio [de IHERING], contudo, no âmbito e a partir da evolução legislativa e jurisprudencial, toma-se uma proteção autônoma; a vanguarda avançada da propriedade mostra-se assim reconhecida independentemente da presença do título dominical, até mesmo sem o domínio, ou, em alguns casos, contra o domínio. Essa vanguarda avançada, escapando dos limites entrevistados pela construção de Ihering, passa a ter base axiológica constitucionais. Os valores sociais da moradia, do trabalho, da dignidade da pessoa humana fazem com que a estrutura normativa de defesa do exercício da propriedade seja assegurada independentemente do domínio. A justificativa da posse encontra-se diretamente na função social que desempenha o possuidor,

²⁵ REALE, Miguel. *Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil*, disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/70319/2/743415.pdf>. Acesso em 10.11.2009.

direcionando o exercício de direitos patrimoniais a valores existenciais atinentes ao trabalho, à moradia, ao desenvolvimento do núcleo familiar.”²⁶

O Código Civil hodierno adotou, pois, conceito mais preciso de posse - previsto no art. 1.204: *Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade*; - , abandonando o antigo conceito estampado no art. 493 de que a posse era adquirida pela apreensão da coisa ou pelo exercício do direito, cuja imprecisão foi bastante criticada, eis que bastava o exercício do direito para configurar a posse.

IV.B.6) TEORIAS POSSESSÓRIAS

IV.B.6.1) TEORIA DE SAVIGNY ²⁷

FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY concentrou seus estudos na posse e em 1803 publicou seu livro *O Direito da Posse*, que revolucionaria sobremaneira a visão desse instituto dali em diante.

SAVIGNY desmembrou a posse do Direito Romano em *possessio*, *civilis possessio* e *naturalis possessio*. A primeira delas, a *possessio*, resumia-se na posse protegida pelos interditos (*possessio ad interdicta*). A segunda, a *civilis possessio*, caracterizava-se pela posse que daria ensejo à usucapião (*possessio ad usucapionem*). Ou seja, a *civilis possessio* era uma *possessio* qualificada pelos elementos da boa-fé e da justa causa. Já a *naturalis possessio* foi o termo escolhido para designar a mera detenção da coisa.

De acordo com a teoria de SAVIGNY extraíam-se somente dois efeitos jurídicos da posse, a saber, os interditos possessórios e a usucapião. A posse jurídica na concepção de SAVIGNY restringia-se, então, a *possessio* e a *civilis possessio*.

²⁶ Ob. cit., p. 170.

²⁷ Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Posse - Evolução Histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, pp. 208-221 e GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19ª ed. FACHIN, Luiz Edson (atual.). Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 31-33.

Dentro da concepção de posse jurídica, SAVIGNY extraiu dois elementos para sua formação, quais sejam, o *corpus* e o *animus domini*. Daí porque sua teoria ficou conhecida como teoria subjetiva da posse, pela presença de um elemento subjetivo a ser considerado na caracterização da posse: a intenção do possuidor em ter a coisa para si.

É de se notar que a posse na teoria subjetiva não necessariamente pressupõe o contato físico com a coisa, mas tão-somente a possibilidade concreta de se assenhorear e salvar a coisa perante terceiros. E, com relação ao *animus*, basta a intenção de ter a coisa para si, não é a convicção de ser dono, mas a intenção de tê-la como sua.

Ocorre, todavia, que havia situações no direito romano em que o *animus domini* não se fazia presente na posse, como no caso do precarista, do credor pignoratício e do depositário de coisa litigiosa, que SAVIGNY chamou de *posse derivada*.

E é nesse ponto que recaíram as maiores críticas ao trabalho de SAVIGNY, eis que fundada na autonomia da posse em relação à propriedade e a *posse derivada* não atendia a esse requisito. Nesse sentido é a crítica de FRANCISCO CARDOZO DE OLIVEIRA:

“Embora Savigny tenha identificado o *ius possidendi* que garante a autonomia da posse e permite o exercício da tutela interdital específica, acabou por equiparar *ius possidendi* à noção de *animus domini*, com a conseqüente reaproximação entre posse e propriedade.

Permanece válida na teoria Savignyana, todavia, o pressuposto de diferenciação entre posse e propriedade porque, ainda que de forma limitada, permitiu que a posse pudesse ser reconhecida, antes de mais nada, como fato, através da valorização de elementos da realidade fática, em detrimento do formalismo dos conceitos e do positivismo legalista.”²⁸

E transferindo a problemática para os dias de hoje, a posse na concepção de SAVIGNY não estaria configurada nos casos de locação, comodato, penhor, etc., por faltar exatamente o elemento subjetivo, o *animus domini*.

²⁸ OLIVEIRA, Francisco Cardoso. *Hermenêutica e Tutela da Posse e da Propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.86.

Apesar de ultrapassada tal teoria, sua doutrina fora bastante difundida para além da Alemanha contando com milhares de séquitos e foi a mola propulsora para a doutrina predominante

IV.B.6.2) TEORIA DE IHERING²⁹

Em contraposto à teoria subjetiva de SAVIGNY, RUDOLF VON IHERING apresentou-nos a teoria objetiva pela qual a posse é o *poder de fato*, enquanto a propriedade é o *poder de direito* sobre a coisa.

RUDOLF VON IHERING não admite o *animus domini* como elemento formador da posse, presente na teoria subjetiva. Para ele, a posse não reside no poder físico da pessoa sobre a coisa, mas consubstancia-se na exteriorização de atos de proprietário sobre a coisa, representado no uso econômico da coisa. Nasce, doravante, o critério da destinação econômica da coisa para configuração da posse.

Daí resulta a crítica ao trabalho de IHERING onde não há diferenciação entre a posse e a mera detenção da coisa.

No entanto, foi a teoria objetiva de IHERING que nosso Código Civil adotou desde 1916 e que foi mantida no atual de 2002 (art. 1.196, CC).

IV.B.6.3) TEORIA DE SALEILLES³⁰

Mais tarde, surgiu a *teoria da apropriação econômica* de SALEILLES iniciada em 1893 e finalizada no ano seguinte. Segundo o autor, a posse não se tratava de apropriação jurídica como defendiam os seus antecessores SAVIGNY e IHERING, mas sim de apropriação econômica.

²⁹ Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Posse - Evolução Histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, pp. 221-236 e GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19ª ed. FACHIN, Luiz Edson (atual.). Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 33-38.

³⁰ Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Posse - Evolução Histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, pp. 236-240.

Nos termos desta novel doutrina francesa, o *corpus* sob o qual a posse recaía era concebido como um conjunto de fatos que revelariam, entre o possuidor e a coisa, uma relação durável de apropriação econômica. Não se trata, pois, de uma vontade de ter a coisa e de fruir dela, segundo acepção de IHERING. Trata-se de uma vontade de ser senhor da coisa. E mais, a distinção entre posse e detenção dá-se através da observação de fatos sociais e não de caráter normativo, conforme IHERING faz crer.

Nesse aspecto, é o próprio autor que destaca em suas conclusões as diferenças entre a sua teoria e as de IHERING e de SAVIGNY:

“1.º, a de Ihering, que funda a posse na relação de exploração econômica; aqui todo detentor é possuidor, salvo exceção expressa da lei;
2.º, no extremo oposto, a teoria de Savigny, a teoria dominante, que funda a posse na relação de apropriação jurídica, e para quem não há possuidores senão os que pretendem a propriedade;
e, enfim, 3.º, pode-se colocar entre essas duas teorias, e formando como que um grau intermediário, a teoria que acabo de expor e que funda a posse na relação de apropriação econômica, e que declara possuidor quem quer que, sob o ponto de vista dos fatos, aparece como tendo um gozo independente, e como sendo aquele que, de todos os entre os quais existe uma relação de fato com a coisa, deva ser considerado, a justo título, como o senhor de fato da coisa.”³¹

Nesse sentido, a posição de SALEILLES é mais elástica: doutrina e jurisprudência, de acordo com costumes sociais e econômicos vigentes, hão de estabelecer o conceito de posse, não estando adstrito à circunscrição da lei.

IV.B.6.4) TEORIA DE PEROZZI³²

No tocante à posse, não podemos desconsiderar a teoria esposada por PEROZZI que enxergou a posse como um fenômeno social, criando-se a chamada *teoria social da posse*.

Segundo referido autor italiano, não se trata a posse de uma simples relação de direito, mas, sim, de uma relação ético-social, eis que se baseia em costume que faz parte da

³¹ SALEILLES *apud* ALVES, José Carlos Moreira. *Posse - Evolução Histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 238

³² Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Posse - Evolução Histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, pp. 240-243.

moralidade social. Ou seja, a posse caracteriza-se pelo fato que o costume social lhe dará suporte. Simplificando: a posse está presente no fato da sociedade tolerar a ostentação do possuidor em ter a coisa para si. O fato de a sociedade se abster de importunar a posse de alguém, configura por si só a posse.

IV.B.6.5) TEORIA DE KANT³³

No tocante à posse, como vimos até agora, os grandes doutrinadores, embora divergissem quanto à conceituação, todos eles estavam restritos ao estudo da posse de tradição romana. Diferentemente de seus antecessores, IMMANUEL KANT rompeu as barreiras desse paradigma, colocando o indivíduo a frente de todo o sistema jurídico e, a partir dessa nova ótica, criou a teoria denominada *soberania do sujeito*.

Segundo o filósofo, existe na posse um direito subjetivo, que se divide em um *meu interno* e um *meu externo*. KANT chamou em sua teoria de *meu interno* a liberdade da pessoa, enquanto que o *meu externo* caracteriza-se por tudo aquilo que lhe é exterior e o uso não pode sofrer limitações sem que haja lesão ao direito. A posse, nessa acepção, não se restringe às coisas corpóreas, eis que abrange, por exemplo, promessa de prestação feita por outrem ou estado de outra pessoa com referência a mim.

A teoria de KANT baseia-se, pois, na relação entre sujeitos e assim deve ser compreendida a posse, como uma relação de vontades entre os indivíduos e não entre o indivíduo e o objeto.

Para afastar os casos de mera detenção, KANT criou duas categorias: a *posse sensível* e a *posse inteligível*, sendo a primeira para os casos de detenção da coisa e a segunda a posse verdadeira que se verifica fora do mundo empírico, concebida de modo abstrato, sem a verificação da relação que se estabelece entre o sujeito e a coisa.

³³ Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Posse - Evolução Histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, pp. 251-258.

A posse, segundo concepção kantiana, transcende o *corpus* romano. Ela é verificada através de relação apriorística pela qual determinado sujeito abstém-se de intervir na posse da coisa que compete a outrem.

IV.B.7) NATUREZA JURÍDICA

Muito se discute sobre a natureza jurídica da posse, tendo a doutrina vacilado a esse respeito. Não se chegou a um consenso se a posse é um fato ou um direito e se, direito, se seria real, pessoal ou *sui generis*.

Nesse ponto SAVIGNY e IHERING também divergem. O primeiro deles sustenta que a posse é um fato que gera consequências jurídicas no âmbito dos direitos pessoais, enquanto o segundo sustenta que se trata de um direito, mais precisamente um direito real.³⁴

Na doutrina brasileira também não encontramos opinião consensual.

Na mesma linha de SAVIGNY, podemos citar LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA que diz ser a posse um fato de que emanam efeitos jurídicos. Segundo o autor a posse é, ao mesmo tempo, um fato e um direito: *um fato pelo que respeita à detenção, um direito por seus efeitos*.³⁵

Em contraponto à doutrina supracitada, ARNOLDO WALD compartilha o entendimento de MARCEL PLANIOL para quem *a posse, como a vida, é um fato, sendo tão-somente jurídico o meio utilizado pela lei para proteger ou destruir este fato*.³⁶

Todavia, a opinião majoritária dentre os doutrinadores é de que a posse é um direito (WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, ORLANDO GOMES, CARLOS ALBERTO DABUS

³⁴ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros e MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de Direito Civil*, v. 3: Direito das Coisas. 39ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 19 e 20.

³⁵ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*. Campinas: Russel, 2003, p. 45.

³⁶ PLANIOL, Marcel *apud* WALD, Arnoldo. *Direito Civil: Direito das Coisas*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 50.

MALUF, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, dentre outros tantos). Resta saber se se trata de um direito real ou pessoal.

A posse como direito real foi a tese que a doutrina majoritária e a jurisprudência maciça atualmente agasalharam, conforme WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO e CARLOS ALBERTO DABUS MALUF bem destacaram.³⁷ Nesse sentido corroboram ORLANDO GOMES³⁸ e CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA³⁹, destacando tratar-se de direito *erga omnes*, com sujeito passivo indeterminado e incide sobre objeto determinado, que são as características do direito real.

E foi essa orientação foi seguida por nosso Código Civil de 1916, conforme salienta seu autor: *aceita a noção que Ihering nos dá, a posse é, por certo, direito; mas reconheçamos que um direito de natureza especial. Antes conviria dizer, é a manifestação de um direito real.*⁴⁰

E foi tal aludida noção de posse que nosso primeiro Código Civil adotou, que passou a vigorar no primeiro dia do ano de 1917, embora encontrássemos princípios da posse romana, da posse canônica de da *Gewere* coexistentes.

Com relação ao Código Civil de 2002, não houve qualquer mudança nessa orientação, mantendo-se a noção de que a posse é um direito real, embora prefiro a idéia de se tratar de direito de natureza *sui generis*, ante as suas peculiaridades.

³⁷ MONTEIRO, Washington de Barros e MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de Direito Civil*, v. 3: Direito das Coisas. 39ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 20.

³⁸ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19ª ed. atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 43.

³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20ª edição atualizada por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 22.

⁴⁰ BEVILAQUA, Clovis. *Projecto do Código Civil Brasileiro – Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, Rio de Janeiro: Nacional, 1902, p. 33.

IV.B.8) POSSE AD USUCAPIONEM

Posse é o poder que o sujeito tem de desfrutar a coisa como se proprietário fosse, segundo definição legal. O possuidor tem sobre a coisa o poder de usar, gozar, perceber eventuais frutos, etc. Segundo CLÓVIS BEVILÁQUA posse é o *exercício, de fato, dos poderes constitutivos do domínio ou propriedade, ou de alguns deles somente*.⁴¹

A posse em nosso ordenamento positivado encontra guarida no Livro III do nosso Código Civil, mais especificamente no artigo 1.196 e seguintes e é definida sob a ótica do possuidor: *considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade*.

A posse que nos interessa para o desenrolar do presente trabalho é a posse *ad usucapionem* e, portanto, é a ela que estaremos adstritos.

A posse *ad usucapionem* é aquela que o indivíduo tem a coisa com o intuito de tornar-se proprietário efetivamente. Para tanto, a posse tem que ser pública, contínua, incontestada, pacífica e inequívoca.⁴² Ou seja, é necessário que o possuidor tenha o *animus domini*.

Não obstante a teoria objetiva de RUDOLF VON IHERING para quem a posse seria a mera exteriorização da propriedade e respectivos poderes inerentes, hoje ecoa pacífico nas vozes do direito que a posse *ad usucapionem* requer *animus domini* para sua concretização, caso contrário estaríamos diante de mera detenção da coisa.⁴³

⁴¹ Cf. BEVILÁQUA, Clovis. *Direito das Coisas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951, p. 29.

⁴² Cf. NEQUETE, Lenine. *Da Prescrição Aquisitiva (Usucapião)*. Rio de Janeiro: Sulina, 1954, pp. 183-201.

⁴³ Um exemplo de detenção bastante elucidativo trata-se da hipótese apresentada pelo professor RUI GERALDO VIANA em salas de aula em que determinado sujeito é surpreendido a contragosto com um chapéu que recai sobre sua cabeça, mas para seu infortúnio faltam-lhe os membros superiores por anomalia, e por mais esforço que faça, ele não consegue se desvencilhar do chapéu, o que não faz dele possuidor, mas mero detentor da coisa. Esse caso apesar de caricato mostra-nos a real distinção entre a posse e a mera detenção que devemos ter sempre em mente.

Por *animus domini* entende-se a qualidade da posse que evidencia, exteriormente, estar agindo o possuidor com o comportamento ou postura de que se considera, de fato, proprietário da coisa.⁴⁴

O então Ministro NÉLSON HUNGRIA do Supremo Tribunal Federal de muito já sustentava que *sem a posse ut dominus, é inadmissível o usucapião*.⁴⁵

Aqui na posse, teremos a mesma problemática a ser esmiuçada no tópico seguinte, qual seja, a de se averiguar a necessidade do assenhoreamento físico sobre a coisa. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO nos dá uma visão dos primórdios deste instituto ao mencionar que *em Roma, a posse consistia, exclusivamente, no contacto físico com a coisa*.⁴⁶

A doutrina clássica representada por FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY e RUDOLF VON IHERING, apesar da notória divergência teórica entre eles, ambos convergiam no sentido de que a posse recaia sobre determinada coisa corpórea, que SAVIGNY denominou *corpus*.

Não obstante RUDOLF VON IHERING dar à posse o caráter material, o autor vinculava à posse ao seu caráter econômico. Ou seja, segundo sua obra *A Teoria Simplificada da Posse* não basta para configurar a posse a satisfação do poder físico, mas para alcançar seu objetivo faz-se necessário o uso econômico da coisa.⁴⁷

Esta teoria encontra-se bastante difundida e a jurisprudência tem largamente adotado este entendimento. O Tribunal de Justiça de São Paulo por diversas ocasiões albergou tal entendimento, confira-se:

“Posse – como tem decidido a jurisprudência de nossos tribunais – não é, exclusivamente, o ato de apreensão material da coisa. Posse é a visibilidade do

⁴⁴ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Posse e Usucapião: Direitos Reais I*. Rio de Janeiro: Aide, 1994, p. 82.

⁴⁵ RF 160/166.

⁴⁶ MONTEIRO, Washington de Barros e MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de Direito Civil*, v. 3: Direito das Coisas. 39ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 22.

⁴⁷ *A posse constitui a condição de fato da utilização econômica da propriedade* cf. IHERING, Rudolf von. *Teoria Simplificada da Posse*. Tradução da versão espanhola do original alemão por IVO DE PAULA. São Paulo: Pillares, 2005, p. 40.

domínio. A posição normal em que a coisa se encontra em relação à sua utilidade econômica revela a posse.⁴⁸

Esse conceito clássico de posse, com o passar dos anos, foi se desvinculando da corporeidade que lhe era intrínseco e foi assumindo feição outra que torna dispensável o elo com o *corpus* para sua percepção.

MIGUEL REALE e JUDITH MARTINS-COSTA atentos ao rompimento de paradigmas nesta nova etapa histórica que os autores denominam “Era da Virtualidade”, ressaltam ser necessário *remover preconceitos históricos pelos quais associamos, mentalmente, a idéia de posse exclusivamente à de posse de coisa corpórea, presente ainda a velha doutrina da posse como poder físico sobre a coisa.*⁴⁹

EBERT VIANNA CHAMOUN, notável civilista, enquanto desembargador proferiu brilhante decisão no início da década de 1970 definindo posse sem qualquer menção à materialidade do objeto passivo a ela afeto; ao contrário, ressaltou apenas o caráter econômico da coisa. Confira-se:

“é a posse um estado de fato, um poder de fato que alguém exerce sobre uma coisa e cujo conteúdo é exclusivamente econômico, porque se relaciona com o aproveitamento econômico da coisa, considerada como objeto de satisfação das necessidades humanas. Mas é um estado de fato apenas no sentido de prescindir da existência de um título jurídico: há um direito à proteção da posse sem que a posse esteja fundada em direito.”⁵⁰

Importante contribuição ao estudo da posse fez o professor ARNOLDO WALD, sustentando que a posse é sempre de determinado direito, ainda que seja a posse de coisa (*possessio rei*). Diz o autor: *a posse de coisas é também, em certo sentido, uma posse de direitos, pois consiste na posse do direito de propriedade, ou melhor, no exercício de poderes inerentes à sociedade.*⁵¹

⁴⁸ RT 177/310, destacou-se.

⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith e REALE, Miguel. *Da prescrição aquisitiva de ações escriturais*. In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais n.º 27. São Paulo, 2005, p. 13.

⁵⁰ CHAMOUN, Ebert Vianna. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, vol. 23, 1970, p. 11-27.

⁵¹ WALD, Arnoldo. *Direito Civil: Direito das Coisas*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 44.

Por outro lado, eminentes civilistas, tais como ASTOLFO DE REZENDE⁵², AZEVEDO MARQUES⁵³ e PONTES DE MIRANDA⁵⁴ rechaçaram de forma veemente a hipótese da *posse de direitos*, pois consideram a posse como um exercício de fato do direito e não propriamente do direito em si.

A posse de direitos amplamente aceita, que inclusive advém desde os pretores romanos, é a posse dos direitos reais derivados da propriedade, comumente conhecida como quase-posse (*juris quasi possessio*)

A quase-posse nasce pela necessidade de se proteger contra eventuais esbulhos nas diferentes servidões constituídas, cujos possuidores ansiavam por sua perenidade, por tê-las como essenciais. Confira-se a correta visão pelos olhos de historiadores do Direito:

“Assim, a quase-posse aparece nas servidões, sendo protegida por vários interditos (de *itinere actuque privato*, de *acqua cotidiana et aestiva*, de *fonte* etc. etc.) quem delas goze; do mesmo modo no usufruto, cujo gozo protegido, independente de título, era indicado no interdito correspondente, com as palavras iniciais *uti fruemini* e não *uti possidetis*; na superfície, e quem o fruir pode obter o interdito de *superficiebus* contra quem lhe perturbe o exercício ilegítimamente.”⁵⁵

A expressão quase-posse foi alvo de críticas por diversos autores, dentre eles SAVIGNY que a reputou imprópria e, dentre nós, RUI BARBOSA⁵⁶ que a considerou como discriminação inútil da posse.

Com efeito, não nos parece apropriado a distinção entre posse e quase-posse, eis que a posse não pressupõe materialidade. A posse, como dissemos linhas atrás, é a exteriorização dos atos de proprietário sobre a coisa, que pode ser corpórea ou incorpórea como veremos adiante.

⁵² REZENDE, Astolfo de. *A posse e a sua proteção*. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 76.

⁵³ MARQUES, Azevedo. *A ação possessória no Código Civil brasileiro*. São Paulo: Jacinto Ribeiro, 1923, p. 10.

⁵⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, p. 9.

⁵⁵ CORREIA, Alexandre e SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 159.

⁵⁶ BARBOSA, Rui. *Posse de Direitos Pessoais*. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 55.

Em que pese as discussões sobre posse de direitos, prevaleceu a tese de que a posse alcança tão-somente os direitos reais.

A divisão entre direitos reais e os direitos pessoais é bastante apropriada para o tema e quem melhor define é WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO:

“O direito real pode, destarte, ser conceituado como relação jurídica em virtude da qual o titular pode retirar da coisa, de modo exclusivo e contra todos, as utilidades que ela é capaz de produzir. O direito pessoal, por seu turno, conceitua-se como relação jurídica mercê da qual ao sujeito ativo assiste o poder de exigir do sujeito passivo determinada prestação, positiva ou negativa.”⁵⁷

Dizem-se *numerus clausus* os direitos reais, eis que possuem noções tipificadas no Código Civil em rol taxativo, enumerados no artigo 1.225: *I - a propriedade; II - a superfície; III - as servidões; IV - o usufruto; V - o uso; VI - a habitação; VII - o direito do promitente comprador do imóvel; VIII - o penhor; IX - a hipoteca; X - a anticrese; XI - a concessão de uso especial para fins de moradia; XII - a concessão de direito real de uso.*

No entanto RUI BARBOSA foi além, defendeu com maestria que lhe é peculiar, e estendeu a posse de direito aos direitos pessoais. RUI BARBOSA encontrou respaldo para sua tese inovadora no Direito Canônico que ampliou a posse sobremaneira, cuja lição de JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES mostra-nos essa situação com bastante clareza:

“Aplica-se [a posse] aos direitos espirituais ou temporais sobre as comunas, sobre os conventos, sobre as igrejas, aos cargos e dignidades eclesiásticos, ao episcopado, ao arquidiaconato, aos benefícios ligados a esses cargos, aos ônus reais, aos censos, ao dízimo, ao direito de patronato sobre uma igreja, ao direito de apresentação dos clérigos, ao direito de eleição (de um abade), enfim ao casamento, numa palavra a todas as matérias sobre as quais a igreja havia conseguido estender sua jurisdição.”⁵⁸

⁵⁷ MONTEIRO, Washington de Barros e MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de Direito Civil*, v. 3: Direito das Coisas. 39ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 12.

⁵⁸ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Posse - Evolução Histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p.110.

A tese de que recai a posse sobre os direitos pessoais teve, em um primeiro momento, até certa aceitação como meio de defesa de tais direitos através dos interditos possessórios, mas não logrou êxito com o advento de meios processuais mais eficazes, tais como o mandado de segurança e o *habeas corpus*. Desta forma, a posse de direitos pessoais foi aos poucos sendo expelida de nossos Tribunais:

“A jurisprudência pátria não tem admitido a ação de manutenção da posse para a defesa de direitos pessoais, mas unicamente para a defesa da posse das coisas materiais, e da quase-posse dos direitos reais: *e merece ser guardada a dita jurisprudência*, visto ser difícil, senão impossível, discriminar com segurança os direitos pessoais susceptíveis de defesa pelas ações possessórias dos que o não são, e não convir deixar essa discriminação a critério dos juízes, além do que as regras que temos a esse respeito são ainda as do Direito Romano, com o qual se tem conformado a jurisprudência pátria.”⁵⁹

Ainda no mesmo sentido: *Os interditos possessórios, segundo a tradição do nosso direito, só se aplicam à proteção dos direitos reais e da quase-posse das servidões, não podem ser invocados para garantia de direitos pessoais.*⁶⁰

Por sua vez, ARNOLDO WALD também abordou este assunto, revelando a abordagem pré-legislativa conferida ao tema, e assim escreveu:

“Ficou assim evidente que, na nossa sistemática legal, existe a posse das coisas (posse em que o possuidor atua como se proprietário fosse) e a posse de direitos reais limitados quando exteriorizáveis (posse em que o possuidor exerce atos que exteriorizam um direito real limitado).

(...)

A solução dominante na jurisprudência e na doutrina brasileira tem sido negativa, exigindo-se para a concessão da proteção interdital a prática de atos que exteriorizem o direito de propriedade ou outros direitos reais.

A questão tem as suas raízes nos trabalhos parlamentares que precederam à elaboração do texto legal. O projeto Clóvis Beviláqua restringira a proteção acessória aos direitos reais, considerando possuidor ‘todo aquele que se ache em situação de fato, correspondente ao exercício pleno ou limitado da propriedade’ (art. 565 do projeto). Foi em virtude de emenda de Rui Barbosa, apresentada no Senado, que o texto do atual artigo 486 passou a ser: ‘considera-

⁵⁹ Revista *O Direito* 110/236.

⁶⁰ RT 52/276.

se possuidor todo aquele que tem, de fato, o exercício pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes ao domínio ou propriedade’.”⁶¹

Não obstante o esplendoroso trabalho de RUI BARBOSA sobre a posse de direitos pessoais que defendeu com ardor, prevaleceu a tese de que a posse recai tão-somente sobre os direitos reais e, portanto, passíveis de serem usucapidos. A incapacidade de se usucapir direitos pessoais e relegá-la aos direitos reais é consenso em nossa doutrina pátria, dentre eles ORLANDO GOMES⁶², CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA⁶³ e MARIA HELENA DINIZ⁶⁴.

Não podemos, contudo, desprezar *in totum* a teoria da posse dos direitos pessoais preconizada por RUI BARBOSA e seguida por ilustres mestres tais como EDMUNDO LINS, LACERDA DE ALMEIDA, VICENTE RÁO e LINO DE MORAES LEME, devendo extrair dela *cum granu salis* as hipóteses que ainda nela se sustentam.

Sustentam referidos autores que o legislador admite a posse de direitos sem qualquer discriminação entre reais e pessoais, sendo, portanto defeso ao intérprete fazê-lo, segundo regra basilar da hermenêutica.

Com efeito, o Código Civil está permeado de direitos que seguem o vocábulo posse, tais como a *posse da herança*, *posse do estado de filho*, etc. Contudo, é de se afastar a posse de direitos pessoais, eis que não estão vinculados à propriedade, conforme preconiza o art. 1.196, do Código Civil e que CLÓVIS BEVILÁQUA muito bem salienta que *os direitos pessoais não são poderes componentes do domínio ou propriedade. Os direitos pessoais não são pode ser defendido por ações possessórias*.⁶⁵

⁶¹ WALD, Arnoldo. *Direito Civil: Direito das Coisas*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 56 e 57.

⁶² GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19ª ed. atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 16.

⁶³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20ª edição atualizada por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 4.

⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 13.

⁶⁵ BEVILÁQUA, Clovis. *Direito das Coisas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951, p. 44.

No entanto, tal qual a boa lição de hermenêutica supra referendada, a exigência de posse para a configuração da usucapião não exclui bens incorpóreos, eis que tais bens são objeto de propriedade e, como tais, passíveis de reivindicação. Nesse sentido já se decidiu:

“A pretensão ao interdito proibitório pode existir seja ou não corpóreo o bem. O interdito de que se fala é possessório. E objeto da posse tanto pode ser o bem corpóreo como o incorpóreo (obra intelectual, invenção, desenho de utilidade ou modelo industrial, marca de indústria e comércio, sinal de propaganda, indicação de proveniência). **Onde quer que possa ser objeto de propriedade o bem pode haver posse**”.⁶⁶

JOEL DIAS FIGUEIREDO JR., comentando o art. 1.196 Código Civil de 2002, assinala que foi suprimido do artigo que trata da posse a palavra domínio, *tendo-se em conta que a expressão rechaçada é limitada aos bens corpóreos*. E a posse, por sua vez, não comporta tal distinção:

“(...) enquanto a posse, como situação potestativa sócio-econômica de projeção no plano factual do mundo jurídico nele, pode refletir-se, tendo por objetos bens semimateriais ou semi-incorpóreos (energias elétrica, térmica, nuclear, gasosa e solar, ondas de transmissão de frequência radio televisiva, linhas telefônicas (infovias). Por isso, a expressão poderes inerentes à propriedade designa de maneira muito mais adequada o instituto em questão.”⁶⁷

Com efeito, equipara-se a posse de bens corpóreos aos bens incorpóreos, haja vista que o legislador não fez qualquer distinção, o que inclusive encontra guarida na melhor doutrina estrangeira:

“A posse dos móveis incorpóreos é suscetível de preencher a mesma função aquisitiva que a posse dos móveis corpóreos. As mesmas necessidades correspondem inevitavelmente as mesmas regras, e, nos foi possível mostrar que as questões de aquisição dos direitos privados sobre os móveis incorpóreos se colocam nos mesmos termos que para os móveis corpóreos.”⁶⁸

⁶⁶ RT 659/67, sem destaque no original.

⁶⁷ FIGUEIRA JR., Joel Dias in FIÚZA, Ricardo. *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1062.

⁶⁸ PÉLISSIER, Anne. *Possession et meubles incorporels*. Paris: Dalloz, 2001, p. 253. No original: “La possession des meubles incorporels est susceptible de remplir la même fonction acquitive que la possession des meubles corporels. Aux mêmes besoins correspondent inévitablement les mêmes règles, et il nous a été possible de

Entende-se por posse *ad usucapionem*, então, o poder que tem o sujeito de direito em exercer intencionalmente sobre a coisa, corpórea ou incorpórea, atos de proprietário que, após o transcurso do tempo legal, culminará na aquisição da propriedade desta.

IV.C) DA COISA

Passemos agora ao estudo da coisa, que é o objeto passivo sobre o qual recairá a usucapião, e onde nos deteremos em maiores análises, eis que adentraremos campo espinhoso para ao final concluirmos se a propriedade imaterial está abrangida pelo conceito de coisa ou se está fora de seu alcance.

Em Roma, tal como visto nos tópicos precedentes, a posse sofreu mutações ao longo da história que, didaticamente, foi dividida em épocas (Pré-Clássica, Clássica e Justiniana). Tal como a posse, o objeto cuja posse recaía também sofreu mutações, que ora passamos a expor.

Na época Pré-Clássica a posse ora abarcava coisas, pessoas e direitos ora consistia apenas à senhoria de fato sobre coisas corpóreas. No Direito Clássico, a posse ficou restringida somente à posse de coisa corpórea *in commercio* e que possuía individualidade própria. Estavam, pois, excluídas da posse as coisas corpóreas *extra commercium*; as coisas de direito divino; as coisas comuns a todos; as coisas públicas; as partes constitutivas de corpo contínuo ou de coisa composta. No Direito Justiniano, o objeto da posse foi alargado, passando a incorporar a posse de direito em contraponto à posse sobre coisa corpórea. Admitiam-se, pois, na época de Justiniano tanto a *possessio rei*, quanto a *possessio iuris*.

Em sua acepção jurídica, coisa vem do vocábulo *res* de origem romana, que se traduz em todo objeto sobre o qual, uma vez exteriorizado, recaem direitos. Coisa, por muitas vezes é usado como sinônimo de bem, mas na maioria dos casos têm significados distintos e por isso merecem tratamento específico. Neste sentido confira-se:

montrer que les questions d'acquisition des droits privatifs sur les meubles incorporels se posaient dans les mêmes termes que pour les meubles corporels.”

“Entretanto, geralmente, *coisas* e *bens* empregam-se como sinônimos, embora, sob certos aspectos, as duas palavras, a rigor, apresentem-se de significação inconfundível. É, aliás, como nos assinala CUNHA GONÇALVES: ‘Não há exata coincidência entre os termos *bens* e *coisas*; pois umas vezes constituem estas o *gênero* e aqueles a espécie, e outras vezes o gênero são os bens e a espécie as coisas, visto não abrangerem estas, por exemplo, as *universalidades de coisas*, que são bens patrimoniais.’”⁶⁹

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, em sua obra *Instituições de Direito Civil*, verdadeiro legado ao Direito Civil, faz importante distinção entre coisa e bem:

“Em sentido estrito, porém, o objeto da relação jurídica, o bem jurídico, pode e deve, por sua vez, suportar uma distinção, que separa nos bens propriamente ditos das coisas. Os bens, especificamente considerados, distinguem-se das coisas, em razão da materialidade destas: as coisas são materiais ou concretas, enquanto que se reserva para designar os imateriais ou abstratos o nome bens, em sentido estrito. Uma casa, um animal de tração são coisas, porque concretizado cada um em uma unidade material e objetiva, distinta de qualquer outra. Um direito de crédito, uma faculdade, embora defensável ou protegível pelos remédios jurídicos postos à disposição do sujeito em caso de lesão, diz-se, com maior precisão, ser um bem. Sob o aspecto de sua materialidade é que se faz a distinção entre coisa e o bem.”⁷⁰

Com a devida vênia à arguta lição do eminente professor, entendo não ser este o entendimento mais correto. Como vimos, limitar coisa ao aspecto material afasta por completo a noção de coisa incorpórea presente em diversos ordenamentos e abraçada pela doutrina e jurisprudência. Façamos, pois, uma digressão histórico-filosófica para compreendermos melhor este instituto.

A rigor não é possível afirmar categoricamente que existem “coisas”. Uma “coisa” é algo que pode ser concebido e tudo o que pode ser concebido é fruto de uma distinção. Ocorre que na maioria das vezes tais distinções vão subentendidas: sequer nos damos conta de havê-las feito. Quando um indivíduo vê o sol, automaticamente está a distinguir algo (o sol, no exemplo aqui utilizado) de todo o resto. Ao desenhar-se um ponto em uma folha branca de papel cria-se instantaneamente uma distinção: o ponto e todo o resto.

⁶⁹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 178.

⁷⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20ª edição atualizada por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 401 e 402.

Quando se observa um cacho de uva ainda não colhido, distingue-se o cacho de uva de todo o resto (e não somente da parreira).

A circunstância de serem automáticas as distinções mascara duas outras características do ato de fazê-las: seu caráter a um só tempo *arbitrário* e *constitutivo*. Quando dizemos “arbitrário” queremos dizer que o ato de fazer uma distinção depende unicamente de uma manifestação de vontade. A realidade é una: qualquer distinção provém de um ato de vontade. Por tal motivo a separação entre “sol”, “estrelas”, “céu” e “satélites” não tem propriamente uma existência independente: trata-se de uma separação não necessária levada a efeito por alguém.

A generalização de tais distinções contribui decisivamente para esconder seu caráter arbitrário. Com efeito, quando se enxergam os galhos de uma árvore, raramente se leva em conta que a separação entre (i) “galhos da árvore” e (ii) “o restante da árvore” é exclusivamente uma operação mental, já que em verdade há uma coisa só a que se convencionou chamar “árvore”. No entanto, uma vez que os objetos “galhos da árvore” e “árvore” já estão suficientemente generalizados no discurso humano, perde-se de vista o dado fundamental: o caráter arbitrário da distinção entre a árvore e seus galhos.

De maneira análoga, o caráter constitutivo do ato de fazer distinções raramente é levado em consideração. Retornemos ao exemplo da folha de papel: ao assinalar um ponto em uma tal folha estamos a criar um objeto (o ponto) e a estabelecer uma distinção entre esse objeto e todo o resto. Da mesma forma, a árvore de que há pouco tratamos é um *continuum*, um “algo” a que – do ponto de vista de algum sistema observador – convém separar em partes menores (“galhos”, “raízes”, “caule”, etc). Todavia, essa separação não está na natureza mesma das coisas: é uma construção mental, como se disse. Logo, o ato de indicar o objeto “galho” termina por constituí-lo.

Assim, o que quer que seja uma “coisa”, dizê-lo é constituí-la. Colocada a questão em outros termos: a realidade pode ser recortada da maneira como desejar determinado observador. Embora esteja generalizada no discurso a separação entre a árvore,

suas raízes e o solo onde estão fincadas, como se disse, é possível recortar a realidade em tantas outras formas quanto for possível concebê-las.

Esse corte é *funcional* e não *ontológico*, ou seja, o corte obedece à lógica da utilidade e não à lógica do ser. Separa-se a “árvore” de seus “galhos” provavelmente porque é conveniente assim fazer: as propriedades específicas dos galhos de uma determinada árvore podem tornar vantajoso seu estudo em separado, daí a conveniência de se lhe atribuir uma denominação específica – “galho”. É conveniente insistir, todavia: essa separação não existe na natureza, é uma construção do observador.

Se o caráter arbitrário e constitutivo do ato de fazer distinções é passível de comprovação no âmbito dos fenômenos naturais, como aqueles de que trataram os exemplos que aqui trouxemos, será tanto mais verdadeiro em relação a fenômenos sociais, como o fenômeno jurídico, por exemplo.

Em verdade, nos fenômenos sociais fica evidente que os objetos com que se trabalha são em tudo e por tudo objetos mentais; construções do espírito e não da natureza. Por exemplo: quando o legislador restringiu o conceito de “coisa” aos objetos corpóreos no Código Civil alemão, optou por *uma* forma de recortar a realidade. A definição de “coisa” ali escolhida é apenas *uma* definição dentre outras, que sequer precisa ser a única no âmbito do sistema a que se reporta. Outros sistemas de referência podem escolher outro recorte da realidade, por exemplo.

Esse pequeno apanhado jurídico-filosófico tem o propósito de esvaziar de antemão qualquer eventual preconceito com relação à noção de “coisa” e sua vinculação a ideia de bem corpóreo. Com efeito, “coisa” será o que quer que o sistema jurídico diga que isto significa. Em termos ainda mais claros: qualquer definição de “coisa” será válida, desde que justificável no sistema de referência a que se refere (o ordenamento jurídico brasileiro, no nosso caso).

Se qualquer “coisa” é uma construção do observador, já que a realidade é uma e é arbitrário o ato de fazer distinções no contexto dessa realidade, então qualquer tipo de objeto pode ser “coisa” para os fins de uma determinada ordem jurídica. Não há qualquer espécie de restrição *a priori*.

Dita inexistência de restrições assume contornos graves no âmbito desse trabalho. De fato: reconhece-se que a noção de propriedade imaterial tem um passado jurídico relativamente recente, o que de certo modo torna compreensíveis opiniões restritivas, como aquelas que sustentam a impossibilidade de a propriedade imaterial ser identificada com a noção jurídico-positiva de “coisa”. No entanto e com o devido respeito, estas teses restritivas não têm sustentação jurídica.

Como se disse, a explicação é histórica, já que não têm longa tradição jurídica entre nós concepções de “coisa” enquanto objeto não corpóreo. De fato: nos primórdios, coisa era tudo aquilo palpável pelo ser humano e, portanto, recaía sobre esta o instituto da posse. Ou seja, tudo aquilo que estava ao alcance do indivíduo teria a possibilidade de ser apropriado ou reivindicado e, portanto, elevado ao patamar de coisa.

SALVATORE PUGLIATTI, com definição mais abrangente, equiparava coisa a uma entidade natural, ou seja, uma parte do mundo externo a qual deve poder servir à atuação de um interesse humano, individual ou coletivo.⁷¹

No entanto, a doutrina clássica, em especial a romanística e suas vertentes, era majoritária em afirmar que coisa correspondia ao objeto corpóreo suscetível da posse.

Com o passar dos anos e constante aumento da complexidade nas relações entre os indivíduos na sociedade, foram surgindo coisas que se distanciavam do seu suporte físico, por sê-lo desnecessário, mas sem, contudo, perder a essência do objeto. Esse fenômeno ocorreu, por exemplo, com os títulos de crédito.

⁷¹ PUGLIATTI, Salvatore. *Istituzioni di diritto civile*. Milano: Giuffrè, 1934, pp. 14-16.

Os títulos de crédito passaram a englobar uma série de conceitos cada vez mais abstratos, dentro da evolução natural das sociedades comerciais que exigem presteza e agilidade nas infinitas transações de mercado cada vez mais complexas, ora incorporando direitos ora afastando-os.

As transações comerciais por meio de títulos de crédito atingiram tamanho grau de sofisticação que a materialidade incorporada nestes títulos de créditos não se fazia mais necessária, restando presente apenas o crédito.

O crédito, confiança depositada em alguém, passou a ter mais valor que o próprio título, que poderia se perder ou mesmo deflacionar. O mesmo fenômeno vem ocorrendo, em menor velocidade, com o papel moeda que muito em breve será substituído apenas por crédito sem qualquer lastro físico.

LUDOVICO BARASSI⁷² traduz fielmente esta posição, destacando que o requisito da corporeidade seria essencial ao conceito de *res*, todavia, este conceito estava sofrendo um alargamento devido ao caráter econômico nele contido, retornando, pois, à distinção gaiana, que nas coisas incorpóreas fazia recair o direito.

Permeando por diversas legislações LUDOVICO BARASSI⁷³ realça que, com o advento das codificações, prevalecia nelas a tendência de limitar o conceito de bem à coisa material, citando, por exemplo, os códigos alemão, prussiano, austríaco e suíço. Interessante de se notar que da transcrição do código suíço feita por BARASSI o legislador foi enfático ao limitar a propriedade à coisa corpórea: *sono oggetto della proprietà mobiliare le cose corporee...*(art. 713).

Não obstante este conceito abreviado estampado em diversos Códigos da conduta humana de diferentes nacionalidades, o autor italiano faz importante questionamento que é verdadeira provocação ao pensamento da época, perfeitamente aplicável ao presente: *O*

⁷² BARASSI, Luodovico. *I Diritti Reali nel Nuovo Codice Civile*. Milano: Giuffrè, 1943, p. 129 e 130.

⁷³ Idem, p. 131.

*que é útil, acessível, suscetível de autônoma gestão econômica é também coisa: porque a não corporeidade, depois desses pressupostos, deveria obstruir que se dê também uma gestão jurídica?*⁷⁴

Juntamente com o progresso econômico citado por LUDOVICO BARASSI, o avanço tecnológico, percebido com maior ênfase a partir da década de 1990, trouxe-nos também objetos que foram eliminando o próprio suporte físico, tornando-se objetos imateriais. Dentre tantos citemos o *software* como maior exemplar.

Dentro deste contexto, foi-se alargando o conceito de coisa outrora existente e a doutrina atenta a esse avanço econômico e tecnológico abraçou esta ideia. MIGUEL REALE e JUDITH MARTINS-COSTA são os autores que melhor expressam hoje este pensamento. Dizem os autores que *a res pode ser material ou imaterial; a própria criação, emanção da personalidade, desliga-se dessa, passando a ser objeto de propriedade, em vez de objeto de direito de personalidade.*⁷⁵

Todavia, ressaltamos que não se trata de questão pacífica. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO advoga em sentido contrário. Segundo o mestre português, coisa é objeto material, corpóreo, com consistência e suscetível de apropriação física.⁷⁶

Nosso Código Civil, permeado pelo vocábulo coisa com capítulo a ele destinado inclusive – Do Direito das Coisas, expressão emprestada do Código Napoleônico –, preferiu não adotar quaisquer dos posicionamentos. Diferentemente do nosso Código o Código Civil austríaco consignou expressamente que podem ser objetos de posse tanto as coisas corpóreas como as incorpóreas. Precisamente diz o art. 311 do Código Civil austríaco que

⁷⁴ Idem, p. 132. Tradução livre do original: “Cio che è utile, che è accessibile, che è suscettibile dia autônoma gestione economica è anche cosa: perchè la non corporeità, dopo quei presupposti, dovrebbe oscolare che vi sai anche una gestione giuridica.”

⁷⁵ MARTINS-COSTA, Judith e REALE, Miguel. *Da prescrição aquisitiva de ações escriturais*. In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais n.º 27. São Paulo, 2005, pp. 74 e 75.

⁷⁶ Cf. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português – Parte Geral*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 28.

todas as coisas corpóreas ou incorpóreas que são objeto de comércio jurídico podem ser tomadas em posse.⁷⁷

De outra banda, podemos encontrar, tal como na doutrina, entendimento antagônico no direito comparado. Como exemplo podemos citar o já mencionado código civil alemão⁷⁸, dentre outros tantos, que admite como coisa apenas os objetos corpóreos.

Pois bem, a denominação de coisa refere-se a tudo aquilo perceptível pelos sentidos humanos, seja pelo tato, olfato, visão, audição ou paladar, diretamente ou mediante utilização de instrumentos, porquanto a utilização de uma manifestação material torna-se desnecessária. Ou seja, coisa abrange tudo aquilo que não é humano.

Dentro deste contexto, não é difícil perceber que coisa é gênero e bem é espécie. Bem se resume, portanto, às coisas que possuem interesse jurídico e/ou econômico. Percebe-se que ambos não possuem em sua essência a tangibilidade, sendo certo que pode ser adicionado este adjetivo tanto a um quanto ao outro.

Não há qualquer passagem no Código Civil que diga que o termo coisa abriga tão-somente os bens tangíveis; a corporeidade é adjetivo do substantivo coisa e, conseqüentemente, o requisito de ser corpóreo é plenamente dispensável à hipótese de coisa.

Com efeito, gases podem ser acondicionados em tanques e são constantemente objetos de compra. Embora neste caso haja um *corpus mechanicum*, estes possuem valores ínfimos ou mesmo desconsiderados no preço de venda, eis que são apenas o suporte do objeto de mercancia principal.

Pois bem. O legislador ao definir coisa abarcou tanto as *res corporales* como também as *res incorporales*, que FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY muito bem esclarece:

⁷⁷ Tradução livre do original: “Alle körperliche und unkörperliche Sachen, welche ein Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sind, können in Besitz genommen werden.”

⁷⁸ Art. 90. Apenas os objetos corpóreos são coisas, no sentido da lei. Tradução livre do original: “Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände”.

“Mas entre antigos e modernos, seja no uso comum, seja no estilo legislativo, a expressão *coisas*, quando não restrita, por limitações explícitas ou implícitas, envolve na latitude de sua acepção todos os objetos corpóreos ou incorpóreos do direito, tudo o que se retém, e possui, tudo o que se adquire, e aliena. *Coisa*, na fraseologia dos civilistas portugueses, tomada à dos romanos, não traduzia esse conceito de materialidade, que lhe é peculiar na acepção mais estreita do vocábulo.”⁷⁹

Por isso intitula-se o presente trabalho de usucapião da propriedade imaterial, eis que a noção de usucapião está atrelada à propriedade e a “propriedade imaterial” *é a denominação atribuída à propriedade cujo objeto não é de ordem material ou corpórea*⁸⁰, sem, contudo, restringir-se a noção da propriedade imaterial àquela mais conhecida empregada pela propriedade intelectual, que também é abarcada.

IV.D) DO LAPSO TEMPORAL

A aquisição da propriedade por usucapião é precedido sempre por um intervalo de tempo variável de acordo com o objeto usucapido e se existente ou não a boa-fé do usucapiente. Presente a boa-fé, certamente o interregno entre o início da posse e a aquisição da propriedade será reduzido.

Nosso ordenamento prevê prazos de 3 a 15 anos para a usucapião, dentre móveis e imóveis.

As coisas imóveis caracterizam-se pela sua inamovibilidade. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente (art. 79, CC). Ou seja, são aqueles bens que *não se podem transportar sem destruição, de um lugar para o outro*.⁸¹ Enquanto que móveis são os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social (art. 82, CC).

⁷⁹ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Traité de la Possession en droit romain*. 7ª ed. Paris: Auguste Durand, 1866, pp. 477-481.

⁸⁰ Cf. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 651.

⁸¹ Cf. DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.91.

O menor prazo, o de 3 anos, é para as coisas móveis mediante a comprovação de justo-título e da boa-fé (art. 1.260, CC). Esse prazo é estendido para 5 anos, inexistindo título ou boa-fé (art. 1.261, CC).

A propriedade imóvel é adquirida por usucapião passados 15 anos, independentemente de título ou boa-fé (art. 1.238, CC). Esse prazo será reduzido caso o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo (art. 1.238, § único, CC).

Nosso ordenamento prevê ainda outros tipos de usucapião, tais como a usucapião especial rural (art., 1.239, CC), a usucapião especial urbana (art. 1.240, CC), dentre outras, que têm prazos específicos e não serão objetos deste estudo por se tratarem de bens imóveis.

Denota-se pelo maior lapso temporal dado aos imóveis em detrimento das coisas móveis que a lição dos fisiocratas, de que só a terra representa fonte de riqueza social, permanece ainda bastante arraigada em nosso ordenamento que se reflete no pensamento jurídico hodierno.

Essa primazia do bem imóvel sobre o móvel é, no entanto, vista com parcimônia pela doutrina abalizada neste assunto. A saber, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO:

“Entretanto, do ponto de vista puramente econômico, é bastante duvidoso o primado da propriedade imóvel sobre a móvel, mormente quando se atenta para a circunstância de que a última, melhor que a outra, vantajosamente se presta à livre circulação dos valores. Inquestionável, modernamente, o alcance da função econômica desempenhada pelos valores mobiliários, a sobrepujar, na sua importância social, os próprios bens de raiz.”⁸²

⁸² MONTEIRO, Washington de Barros e MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de Direito Civil*, v. 3: Direito das Coisas. 39ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 104.

O bem intangível, esmiuçado no presente estudo, é sem dúvida coisa móvel para fins da usucapião, dada a sua desvinculação com o solo e pelo caráter de sua circulação sem que haja alteração da substância ou da destinação econômica.

Conforme comentários ao artigo 82 do Código Civil, que define os bens móveis, MARIA HELENA DINIZ explora a sua definição e ainda exemplifica: *as coisas inanimadas suscetíveis de remoção por força alheia constituem os bens móveis propriamente ditos, p. ex., mercadorias, moedas, objetos de uso, títulos da dívida pública, ações de companhia etc.*⁸³

São também consideradas móveis as energias que tenham valor econômico (art. 83, I, CC).

Com escólio na doutrina e na própria legislação, claramente estamos diante de bens móveis para fins de contagem da usucapião, quando se tem em mente bens intangíveis.

IV.E) DO JUSTO TÍTULO E BOA-FÉ

O justo título e a boa fé são requisitos formais da usucapião e servem como redutores do prazo para sua materialização. Ou seja, uma vez provada a existência de tais requisitos, a usucapião passa a ser ordinária e, portanto, com menor transcurso de tempo entre o termo inicial da posse e a outorga do título de proprietário, mediante o reconhecimento da usucapião. Não são requisitos essenciais, visto que na sua ausência o prescribente recai na usucapião extraordinária, cujos prazos são mais extensos. São, portanto, requisitos que influem tão-somente na questão do lapso temporal da usucapião, que a doutrina os classifica como suplementares.⁸⁴

Em nosso ordenamento, para se elidir o justo título e a boa-fé é necessário fazer prova contrária em juízo, eis que estes se presumem.

⁸³ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130.

⁸⁴ Cf. GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19ª ed. atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 191.

Ao longo da história, o conceito de justo título foi se transformando de acordo com a evolução dos próprios negócios jurídicos.

O conceito clássico de justo título é o *ato jurídico cujo fim, abstratamente considerado, é habilitar alguém a adquirir a propriedade de uma coisa*.⁸⁵ Dentro deste conceito, a doutrina tradicional alia ao justo título a transcrição no competente registro, requisito este considerado indispensável. Esta posição, inclusive, perpetuou em nosso ordenamento até pouco tempo, conforme se extrai da ementa abaixo transcrita de acórdão datado de meados de 1989:

“Justo título, aludido no artigo 551 do Código Civil, é o título válido, em tese, para transferir o domínio, mas ineficaz, na hipótese, por não ser o transmitente o titular do direito ou faltar-lhe o poder de alienar. Abonada doutrina e precedentes jurisprudenciais exigem esteja o título registrado. Não é justo título, para os efeitos do usucapião de breve tempo, o compromisso de venda por instrumento particular não registrado e não registrável, embora o preço integralmente pago.”⁸⁶

Somente, na última década que se intensificaram os negócios jurídicos, cuja rapidez tornou-se, muitas vezes, imprescindível para sua concretização, é que se dispensou o registro para constatação do justo título.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça reviu seu posicionamento e consagrou o entendimento de que o competente registro é dispensável para configurar o justo título, vejamos:

“Tendo direito à aquisição do imóvel, o promitente comprador pode exigir do promitente vendedor que lhe outorgue a escritura definitiva de compra e venda, bem como pode requerer ao juiz a adjudicação do imóvel. Segundo a jurisprudência do STJ, não são necessários o registro e o instrumento público, seja para o fim da súmula 84, seja para que se requeira a adjudicação. Podendo dispor de tal eficácia, a promessa de compra e venda, gerando direito à adjudicação, gera direito a aquisição por usucapião ordinário.”⁸⁷

⁸⁵ Idem, p. 193.

⁸⁶ STJ, REsp 12, rel. Min. ATHOS CARNEIRO, 4ª T., DJU 25.09.89, destacou-se.

⁸⁷ STJ, REsp 32972, rel. Min. CLAUDIO SANTOS, 3ª T., DJ 10.06.96.

Inclusive, o conceito de justo título foi objeto de estudo da Jornada I do STJ que culminou com a edição do verbete 86: *a expressão justo título, contida no CC 1242 e 1260, abrange todo e qualquer ato jurídico hábil, em tese, a transferir a propriedade, independentemente de registro.*

No mesmo diapasão se coloca a doutrina moderna para quem o título é o próprio fundamento do direito, ignorando-se o instrumento escrito.⁸⁸ Por tal motivo, não compartilhamos do pensamento perfilado por WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO e CARLOS ALBERTO DABUS MALUF de que só é justo o título levado a registro.⁸⁹ A exigência da inscrição no competente registro deve ser sopesada, na medida em que é justo qualquer título admitido em Direito capaz de transferir a propriedade, independentemente das formalidades que se seguem, cuja função é tornar o ato jurídico eficaz em relação a terceiros. No mesmo sentido confira-se CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

“Tem-se referido que o título justo deve revestir as formalidades externas e estar transcrito no registro imobiliário. Mas não nos parece que se possa levar ao extremo a exigência, pois que se destina o instituto do usucapião precisamente a consolidar *tractu temporis* a aquisição fundada em título que apenas em tese era hábil a gerar a aquisição. A conceituação do justo título leva, pois, em consideração a faculdade abstrata de transferir a propriedade, e é neste sentido que se diz justo qualquer fato jurídico que tenha o poder em tese de efetuar a transmissão, embora na hipótese lhe faltem os requisitos para realizá-la.”⁹⁰

A exigência do registro para caracterização do justo título já de muito era criticada por PONTES DE MIRANDA, que dizia tratar-se de superfetação: *Se a posse é de boa-fé e houve transcrição do título, operou-se a transferência e, assim, patente é a superfetação da ação de usucapião: seria usucapir de si mesmo.* E prossegue o autor citando a jurisprudência: *A pretensão de ser dono pela usucapião descombina com o título transcrito, pois a transcrição é também modo de adquirir a propriedade. E não pode adquirir o já adquirido.*

⁸⁸ Cf. NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2006, p. 750.

⁸⁹ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros e MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de Direito Civil*, v. 3: Direito das Coisas. 39ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 135 e 136.

⁹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20ª edição atualizada por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 127.

Por fim, conclui o mestre: *o que se exige é o titulus habilis ad dominium transferendum, e não o título que haja transferido (se transferiu, tollitur quaestio); ... uma coisa é a idoneidade a transferir e outra a transferência, de modo que o possuidor que tem título hábil a transferir, isto é, que pode ser registrado, tem título hábil, justo título, título de acordo com a lei, legítimo.*

Por sua vez, a boa-fé *reside na convicção de que o fenômeno jurídico gerou a transferência da propriedade.*⁹¹ Exigi-se do prescribente um estado psicológico (intenção) voltado a não provocação de dano ao próximo. O manifestante da vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um negócio. Para ele há um estado de consciência ou aspecto psicológico que lhe faz crer pertencer a coisa possuída.

Reside nesse princípio o significado de que se deve interpretar o negócio jurídico como se houvesse, entre os contratantes, lealdade e confiança.

De fato, *a actuação de boa fé concretiza-se através de deveres de informação e de lealdade, de base legal, que podem surgir em situações diferenciadas, onde as pessoas se relacionem de modo específico.*⁹²

Desta forma, o erro do possuidor que, falsamente, supõe ser proprietário deve ser cometido ao adquirir a coisa e perdurar durante a posse até a aquisição *ad usucapionem*, nos termos da doutrina canônica prevalecente, eis que a má-fé, ainda que superveniente, inquina toda a posse *ad usucapionem*.⁹³

Realmente, para garantir um mínimo de segurança jurídica é necessário que haja nas relações entre os contratantes, um mínimo de credibilidade.

⁹¹ Idem, ibidem.

⁹² Cf. CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1984, p. 648.

⁹³ Cf. GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19ª ed. FACHIN, Luiz Edson (atual.). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 195.

A respeito do tema, assim asseverou ORLANDO GOMES: *para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas, diz-se, como está no Código Civil alemão, que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Numa palavra, devem proceder com boa-fé.*⁹⁴

Aliás, mais que a boa-fé, que é um elemento intrínseco da usucapião não necessário, temos a segurança jurídica como elemento extrínseco da usucapião, eis que não se exige para sua formação mas está presente no instituto por ser um princípio que antecede e se concretiza com a concretização da usucapião. A segurança jurídica é, pois, a força motriz da usucapião e está presente tanto na tarefa legislativa quanto na sua percepção no mundo fático, em se tratando de usucapião.

No mundo fático, a usucapião, antes mesmo de ser verificada, gera no usucapiente uma expectativa de direito em nome da segurança jurídica e, uma vez percebida, com mais razão. A segurança jurídica tem importância ímpar em qualquer sistema jurídico, na medida em que serve de alavanca da sociedade:

“Os próprios operadores econômicos costumam sublinhar que **a segurança jurídica gera confiança, o que, por sua vez, constitui requisito essencial para os investimentos econômicos e para o conseqüente desenvolvimento do país.** Esse princípio permite que os indivíduos e as empresas, pessoas físicas e jurídicas, prevejam as consequências de suas ações”⁹⁵

Ressaltando a importância da segurança jurídica, GILMAR MENDES, com a pena de mestre, nos ensina que *a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material.*⁹⁶

⁹⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 42.

⁹⁵ WALD, Arnoldo, *O princípio fundamental da segurança jurídica*. In *Princípios constitucionais fundamentais – estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: LEX, 2005, p. 216/217, destacou-se.

⁹⁶ MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 474.

Pois bem, mais que a boa-fé e o justo-título temos que ter sempre em mente o princípio da segurança jurídica que é o manto que envolve o instituto da usucapião e que serve como norte para definição de políticas sociais no momento da positivação da usucapião e para moldurar as relações jurídicas em torno do bem usucapido ou a ser usucapido.

V) FUNÇÃO SOCIAL

V.A) FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMATERIAL

A conotação individualista da propriedade de tradição romanística, que assegurava ao proprietário o uso indistinto da coisa, restou mitigada pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, diante das idéias liberais que brotavam no ideário do povo francês e que foram amplamente disseminadas mundo a fora.

Mais precisamente foi o art. 17 daquela Declaração que trouxe à propriedade o caráter social, quando presente o interesse público, *verbis*: “Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.”⁹⁷

Tal pensamento exprime bem o valor da propriedade após a Revolução Francesa, que conjuntamente com a vida e a liberdade formam os pilares do Estado Liberal que se contrapôs ao Estado absolutista até então dominante.

Dentro desse novo contexto liberal, que muitas vezes se resumia às garantias formais, foram surgindo idéias socialistas que atribuíam aos cidadãos direitos anteriormente formais.

Surge, então, o denominado Estado Social de Direito que assegura ao indivíduo uma gama de garantias fundamentais cristalizados na Constituição de cada Estado Social nascente.

⁹⁷ Disponível em www.geocities.com/marceloeva. Acesso em 15.10.2009.

A primeira delas, a Constituição Mexicana de 1917, trouxe em seu artigo 27⁹⁸ exceção ao caráter individualista absoluto da propriedade, restringindo o seu uso diante do interesse público.

Ao lado da Constituição Mexicana, a Constituição de Weimar de 1919 foi a que elevou os direitos sociais ao patamar constitucional em maior grau, influenciando as demais Constituições, como bem explicita o Professor FÁBIO KONDER COMPARATO:

“O Estado da Democracia Social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição Mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-facista e a Segunda Guerra Mundial”⁹⁹

Especificamente com relação à propriedade, a Constituição de Weimer emprestou-lhe caráter social¹⁰⁰, sendo o gatilho que impulsionou a discussão doutrinária em torno da função social da propriedade.

No Brasil, foi a Constituição de 1934¹⁰¹ que primeiramente conferiu à propriedade uma função social, ao vedar o seu uso contra o interesse social ou coletivo.

A Constituição de 1937, marco inicial da ditadura de Getúlio Vargas que implementou o Estado Novo, não previu em seu texto a função social da propriedade, que

⁹⁸ “ARTICULO 27 - La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares constituyendo la propiedad privada.

Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización.”

⁹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 189.

¹⁰⁰ “Art. 153. A propriedade obriga e o uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função no interesse social.”

¹⁰¹ Art. 113, 17) “É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou colectivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indemnização. Em caso de perigo imminente, como guerra ou commoção intestina, poderão as autoridades competentes usar a propriedade particular até onde o bem público o exija ressaltado o direito de indenização ulterior”.

somente foi restabelecida com novos contornos na Constituição de 1946¹⁰², que GUSTAVO TEPEDINO enxerga como a percussora pela instituição da função social da propriedade:

“A rigor, foi a norma constitucional de 1946 que expressou, pela primeira vez, a preocupação com a função social da propriedade, na esteira de copiosa legislação intervencionista que caracterizou os primeiros passos do Estado assistencialista e da socialização do direito civil”.¹⁰³

As Constituições que se seguiram, de 1967 e 1969¹⁰⁴, respectivamente, alçaram a função social da propriedade ao patamar de princípio de ordem econômica e social.

E a Constituição de 1988 fez mais: não só previu a função social como princípio de ordem econômica e social, mas também como garantia fundamental (Cf. arts. 5º, XXIII, 182, § 2º, 184, 186 e 170, III, todos da CF).

EROS ROBERTO GRAU nos ensina que *a propriedade-função social que importa à ordem econômica é a propriedade dos bens de produção*.¹⁰⁵

Mas não só os bens de produção que se amoldam à ‘propriedade-função social’, eis que a Constituição destinou à propriedade caráter abrangente, conforme elucida PONTES DE MIRANDA, que já reconhecia tal caráter na Constituição de 1967:

“‘Propriedade’, no sentido do texto, exige a realidade do direito; ou ‘propriedade’, no sentido da Constituição brasileira de 1967, abrange todos os bens patrimoniais? A questão é mais grave do que se pensa. Se a segunda opinião é que é a verdadeira e dominante (Martin Wolff, *Reichsverfassung und Eigentum*, 3), o legislador não é obrigado a manter o conceito de propriedade real, e todos os direitos patrimoniais poderiam passar a ser reais. Mais ainda: não se poderiam ‘desapropriar’ créditos pessoais ou direitos formativos geradores, modificativos ou extintivos, sem observância do art. 153, § 22. Se a primeira opinião é que é a verdadeira, e foi a de W. Schelcher (*Eigentum und*

¹⁰² Art. 147: “O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.”

¹⁰³ TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *Temas de Direito Civil*, 3 ed. rev. atual. Renovar, 2006, p. 306.

¹⁰⁴ “Art.160 - A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: III - função social da propriedade”.

¹⁰⁵ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na Constituição Federal de 1.988*. São Paulo: Malheiros, 10ª edição, 2005, p. 249.

Enteignung, Fischers Zeitschrift, 60, 139 s.), então, sim, o legislador não só seria obrigado a manter a referência à patrimonialidade, o acesso aos bens em sentido geral, mas também a realidade dos direitos tidos hoje como propriedade (direitos reais), como sendo mínimo. A verdadeira interpretação é a que vê em ‘propriedade’, no art. 153, § 22, propriedade individual, no mais largo sentido: e de modo nenhum se exclui a desapropriação dos bens que não consistam em direitos reais.”¹⁰⁶

Na mesma esteira do mestre supracitado, GILMAR MENDES explicita o alcance da propriedade no texto constitucional:

“Essa orientação permite que se confira proteção constitucional não só à propriedade privada em sentido estrito, mas, fundamentalmente, às demais relações de índole patrimonial. Vê-se que este conceito constitucional de propriedade contempla as hipotecas, penhores, depósitos bancários, pretensões salariais, ações, participações societárias, direitos de patente e de marcas etc.”¹⁰⁷

Ainda no mesmo sentido podemos citar CELSO RIBEIRO BASTOS para quem:

“O conceito constitucional de propriedade é mais lato do que aquele de que se serve o direito privado. É que do ponto de vista da Lei Maior tornou-se necessário estender a mesma proteção, que, no início, só se conferia à relação do homem com as coisas, à titularidade da exploração de inventos e criações artísticas de obras literárias e até mesmo a direitos em geral que hoje não o são à medida que haja uma devida indenização de sua expressão econômica.”¹⁰⁸

NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY são ainda mais específicos no que tange à materialidade da propriedade: *na CF o sentido de propriedade não se limita aos bens corpóreos, mas engloba toda a espécie de bens (Ex: crédito, pensão alimentícia, soma oriunda de indenização por desapropriação, direitos autorais etc.).*¹⁰⁹

¹⁰⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição Federal de 1.946*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963, p. 392.

¹⁰⁷ MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 468.

¹⁰⁸ BASTOS, Celso Ribeiro Bastos e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 118 e 119.

¹⁰⁹ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2006, p. 732.

Pois bem, uma vez delimitado o alcance da função social da propriedade, passamos a analisar sua extensão.

A Constituição Federal de 1988 incumbiu à lei (reserva legal dos arts. 182, § 2º e 186, CF) o dever de abalizar a função social da propriedade. Ou seja, cuida-se de norma programática que deve ser instrumentalizada pelo legislador infraconstitucional, conforme bem salienta ARRUDA ALVIM:

“(…) a função social deve ser efetivada por lei (‘reserva de lei’), por isso que, ainda, constitui-se num critério para o legislador ao disciplinar o direito de propriedade, critério esse que encontra limites na própria garantia constitucional o direito de propriedade.”¹¹⁰

Assim, diante de tal reserva legal, o Código Civil de 2002 abandonou a antiga tradição individualista, abraçando o ideal coletivo bem destacado por MIGUEL REALE:

“O sentido social é uma das características mais marcantes do projeto, em contraste com o sentido individualista que condiciona o Código Civil ainda em vigor (1916). Seria absurdo negar os altos méritos da obra do insigne Clóvis Bevilacqua, mas é preciso lembrar que ele redigiu sua proposta em fins do século passado, não sendo segredo para ninguém que o mundo nunca mudou tanto como no decorrer do presente século, assolado por profundos conflitos sociais e militares. Se não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da ‘socialidade’, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém do valor fundante da pessoa humana.”¹¹¹

Especificamente com relação à propriedade, EBERT VIANNA CHAMOUN, revisor do Projeto do Código Civil, destacou:

“O direito de propriedade deve desempenhar, mais do que quaisquer outros direitos, uma função social, no sentido de que a ordem jurídica confere ao titular um poder em que estão conjugados simultaneamente interesse do proprietário e o interesse social.”¹¹²

¹¹⁰ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *O Livro do Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Forense, no prelo.

¹¹¹ REALE, Miguel. *Visão geral do projeto de Código Civil*. In RT 752/22.

¹¹² CHAMOUN, Ebert Vianna. *Revista Jurídica do Tribunal de Justiça do Estado de Guanabara – Exposição de Motivos do Esboço do Anteprojeto do Código Civil*, p. 11.

Assim, o Código Civil de 2002 trouxe expressamente em seu art. 1.228 elementos que balizam a função social da propriedade, mais precisamente em seus parágrafos 1º e 2º:

“§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que seja preservados, de conformidade com o estabelecido em leis especiais, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.”

Como se pode observar, o legislador não se preocupou em prescrever conceito fechado, possibilitando assim a subsunção da norma a um maior número de situações jurídicas, alcançando não só as situações imediatas como também situações mediatas, que é o caso da usucapião.

E diante deste conceito aberto, o legislador abriu caminho à doutrina e à jurisprudência para circunscrever os limites de tal conceito.

Pois bem. A primeira indagação que surge é se a propriedade é propriamente uma função social ou se a propriedade exerce uma função social. Para essa pergunta CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO é quem nos traz melhor resposta:

“1) a propriedade é uma função social ou direito que deve cumprir uma função social? 2) o direito de propriedade pode ser distinguido no nosso sistema jurídico como direito autônomo o direito de propriedade e o direito de usar dela? 3) dever-se-á entender por ‘função social’, substanciável – à moda do que referia a Constituição de 1946 - com propósito de favorecer a ampliação do acesso de todos à propriedade, gerando iguais oportunidades aos indivíduos ou concorrendo para ensejá-las? 4) cabem apenas limitações à propriedade, isto é vedações ao uso insatisfatório dela à luz da função social, ou podem ser impostas injunções para exigir que engaje nesta linha de interesse? (...) o que se protege é a propriedade que atende a função social, aquelas que não

atendessem, deveriam ser perdidas, sem qualquer indenização, toda vez que se demonstrasse os seus desajustes à função social que deveriam preencher".¹¹³

Ou seja, o direito de propriedade e a função social da propriedade são direitos autônomos que se complementam, que CLÓVIS BEZNOS bem distinguiu:

“À luz de nosso ordenamento jurídico, não há incompatibilidade entre o direito de propriedade e a função social da propriedade, desde que compreendido o direito subjetivo em um momento estático, que legitima o proprietário a manter o que lhe pertence, imune a pretensões alheias, e a função em um momento dinâmico, que impõe ao proprietário o dever de destinação do objeto de seu direito aos fins sociais determinados pelo ordenamento jurídico”.¹¹⁴

Para melhor compreensão do que se entende por função social da propriedade, socorremo-nos dos ensinamentos de FÁBIO KONDER COMPARATO:

“Quando se fala em função social da propriedade não se indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Essas últimas são limites negativos aos direitos do proprietário. Mas a noção de função, no sentido em que é empregado o termo nesta matéria, significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do ‘dominus’; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se se está diante de um interesse coletivo, esta função social da propriedade corresponde a um poder dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica”.¹¹⁵

A função social da propriedade resume-se, pois, na destinação útil a que a coisa deve se prestar em prol da coletividade, donde se extrai um dever jurídico do proprietário em persegui-la, sob pena de expropriação.

¹¹³ MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Novos Aspectos da Função Social da Propriedade no Direito Público*. In RDP 84, p. 43, destacamos.

¹¹⁴ BEZNOS, Clóvis. *Aspectos Jurídicos da Indenização na Desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 109.

¹¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Função Social da Propriedade dos bens de produção*. In *Direito Empresarial: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 32.

Então, ver-se-á atendida a função social da propriedade intangível o simples fato de se extrair riqueza dela, pois o proveito obtido a todos serve na medida em que haverá circulação de crédito e pagamento de imposto, alavancando a economia como um todo.

V.B) FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE

Tal qual a posse e a propriedade as respectivas funções sociais não se confundem. Com efeito, a função social da posse situa-se em plano distinto a da propriedade, conforme salienta LUIZ EDSON FACHIN:

“(...) a função social é mais evidente na posse e muito menos evidente na propriedade, que mesmo sem uso, pode se manter como tal. A função social da propriedade corresponde a limitações fixadas no interesse público e tem por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção da reação anti-individualista. O fundamento da função social da propriedade é eliminar da propriedade privada o que há de eliminável. O fundamento da função social da posse revela o imprescindível, uma expressão natural da necessidade.”¹¹⁶

A posse é um dos elementos intrínsecos formadores da função social da propriedade, mas por si só não basta para se ver atendida a função social da propriedade como vimos no tópico anterior. Dentro deste contexto JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETO bem elucida:

“ao falar em função social da posse, está implicada uma disputa de espaço – desenvolvida no curso do tempo – com relação ao direito de propriedade. Ou seja, ao falar-se em função social da posse, não é incomum significar-se o prestígio de uma situação possessória, em detrimento de uma situação de domínio, pois em parte essa é uma faceta – das muitas outras – da função social da propriedade.”¹¹⁷

Para elucidar esta questão, basta ter em mente a usucapião especial urbana ou rural, que se verifica através da posse qualificada chamada de posse-trabalho ou posse-

¹¹⁶ FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e da propriedade contemporânea uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Fabris, 1988, pp. 18-20.

¹¹⁷ ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. *Comentários ao código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, no prelo.

moradia, que se encaixa à função social da posse, desvinculada da função social da propriedade que não restou atendida.

A função social da posse caracteriza-se pelo que chamamos de posse qualificada, que se traduz pela posse *faticamente enriquecida*, segundo JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETO nos mostra:

“O Código Civil acabou por emprestar efeitos significativos à posse, quando essa posse estejam somados outros valores (extrínsecos à posse, propriamente dita, à luz do conceito que está no art. 1.196 do Código Civil), tendo-o feito, o legislador, em detrimento de situações caracterizadoras do direito de propriedade, mas em nome da função social da propriedade. Em outras palavras, isso foi feito em detrimento de uma situação da propriedade em relação à qual o legislador terá vislumbrado um não exercício do que pode ser feito a partir da posse (inércia, descuido em relação à coisa, etc.) pelo proprietário, com criação de riqueza e utilidade (v. g., como moradia do usucapiente). (...) Para explicar essas hipóteses de diminuição de prazos, na usucapião (e, a dos §§ 4º e 5º, do art. 1.228), as situações idealizadas pelo legislador partem do fato de que haja de um lado o proprietário que não desenvolve atividade alguma e nem proporciona que isso resulte feito, sendo aquele que não cuida do seu bem, e, de outro, paralela e simultaneamente há essa atividade por parte do possuidor. Essas hipóteses, dentre as quais se encarta a do art. 1.228, § 4º, ainda que aqui não se trate de usucapião, explicam-se basicamente por estas últimas considerações de assunção pelo legislador ordinário da tarefa de disciplinar, concretizando em hipóteses, a chamada função social da propriedade, pela influência ou repercussão nessa da chamada função social da posse.”¹¹⁸

Nesse contexto, muito se critica a teoria objetiva adotada pelo Código Civil que subtraiu do conceito de posse esse caráter social, nos termos do art. 1.196 que diz possuidor *todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade*.

Embalado pela doutrina que defende as teorias sociológicas da função social da propriedade, o Deputado LÉO ALCÂNTARA propôs o Projeto de Lei 276/2007, que sugere nova redação ao supracitado art. 1.196 do Código Civil com os seguintes termos: *considera-se*

¹¹⁸ ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. *Comentários ao código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, no prelo.

possuidor todo aquele que tem poder fático de ingerência sócio-econômica, absoluto ou relativo, direto ou indireto, sobre determinado bem da vida, que se manifesta através do exercício ou possibilidade de exercício inerente à propriedade ou outro direito real suscetível de posse.

Trata-se, na verdade, da antiga sugestão do professor JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR, adotada pelo Deputado RICARDO FIÚZA em seu Projeto de Lei 6.960/02, cujos fundamentos passamos a expor:

“[A nova redação ao art. 1.196] acompanha a própria orientação legislativa do NCC, em sintonia com a CF, no que concerne às teorias sociológicas da função social da propriedade. Vale registrar, que foram as teorias sociológicas da posse, a partir do início do século XX, na Itália com SILVIO PEROZZI, na França com RAYMOND SALEILLES e, na Espanha, com ANTONIO HERNANDEZ GIL, que não só colocaram por terra as célebres teorias objetiva e subjetiva de JHERING e SAVIGNY, como também tornaram-se responsáveis pelo novo conceito desses importantes institutos no mundo contemporâneo, notadamente a posse, como exteriorização da propriedade (sua verdadeira ‘função social’). Ademais, o conceito traz em seu bojo o principal elemento e característica da posse, assim considerado pela doutrina e jurisprudência, o poder fático sobre um bem da vida, com admissibilidade de desmembramento em graus, refletindo o exercício ou possibilidade de exercício de um dos direitos reais suscetíveis de posse. Assim, evolui-se no conceito legislativo de possuidor, colocando-o em sintonia com o conceito de posse, em paralelismo harmonizado com o direito de propriedade, como sua projeção no mundo factual.”¹¹⁹

A meu ver, andou bem o Código ao trazer definição ampla ao conceito de posse, a fim de amoldar diferentes situações fáticas ao conceito ali previsto, que albergam diferentes situações sem o pretendido *poder fático de ingerência sócio-econômico*, mais apropriado para designar situações de usucapião.¹²⁰ Afinal, qual seria o poder fático de ingerência sócio-econômico contido na posse de um chapéu? Nenhum. Parece que esta proposta de alteração legislativa visa a albergar tão-somente a posse *ad usucapione*, mormente de bens imóveis.

¹¹⁹ BRASIL. Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº 6.960, de 2002.

¹²⁰ Cf. ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. *Comentários ao código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, no prelo.

A função social da posse deve, então, ser analisada de acordo com os valores sociais nela insertos, que podem variar conforme o tempo, o lugar e os sujeitos envolvidos, que pode sobrepor-se à propriedade se esta não atender a respectiva função social. Do contrário, vimos que se atendida a função social da propriedade, necessariamente ver-se-á atendida a função social da posse.

Ademais, lembre-se que a função social da posse não está estampada na Constituição, tal qual está com relação à propriedade, devendo sua análise, todavia, seguir as balizas constitucionais, como bem ressaltou GUSTAVO JOSÉ MENDES TEPEDINO:

“Com relação à função social da posse, não é preciso que ela esteja prevista na Constituição, expressamente como está a da propriedade, para que seja exigível. No caso da posse, sendo um exercício de fato, já existe, *de per se*, a sua justificativa de acordo com a sua finalidade. A função social da posse, segundo recente decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, prevalece em face da propriedade, mesmo quando a propriedade tiver sua finalidade econômica atendida, mas não atenda corretamente a sua função social. Então é uma proteção autônoma que se dá à posse. O Código aperfeiçoou isso do ponto de vista técnico e há de ser interpretado à luz da Constituição.”¹²¹

Em outras palavras, a posse é meio hábil de concretização dos almejados direitos fundamentais (p. ex. dignidade da pessoa humana, moradia, etc.) e, ao mesmo tempo e sem contradição, da efetivação da função social da propriedade.

E eventual confronto entre a função social da posse e da propriedade, caberá ao Judiciário analisar o caso concreto, aplicando-lhe o princípio constitucional mais justo, levando-se em consideração o princípio basilar da proporcionalidade.

E, diante dessa nova sociedade tecnológica, certamente nos depararemos com disputas envolvendo a posse de bens imateriais, que também devem atender à função social, conforme salientou JOEL DIAS FIGUEIRA JUNIOR:

¹²¹ TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *Os direitos reais no novo Código Civil*. Emerj ed. especial julho/2002 a abril/2003, parte II, p. 171

“A posse precisa ser vista sob a luz do mundo atual, adaptando-se os seus princípios norteadores milenares às necessidades do homem moderno. Num passado não muito remoto, restringia-se o objeto da posse às materiais, sobretudo às terras. Mas o instituto muito já evoluiu com os canonistas e por intermédio da Gewere; agora, está a exigir novo enquadramento diante dos avanços tecnológicos, da cibernética, da informática, da mídia, dos bens materiais, semi-materiais etc. Essa nova visão é imprescindível e até mesmo inadiável, pois dela decorre a incidência e prosseguimento dos efeitos da posse no mundo jurídico, por meio dos interditos possessórios. Somente a posse gera mecanismos tipicamente hábeis a combater de forma urgente e até mesmo pela legítima defesa ou desforço, moléstias no mundo jurídico que contrariam frontalmente os interesses socioeconômicos, terminando por colocar em xeque o equilíbrio e a paz coletiva. (...) No Brasil, o grande passo à nova concepção de posse já foi dado de forma expressiva e reafirmado através do princípio lapidado em nossa Constituição Federal (que teve início na Carta de 1946), que no título destinado especialmente aos direitos e garantias fundamentais dispõe com meridiana clareza, no inc. XXIII do art. 5º, que a ‘propriedade atenderá a sua função social’. Em complemento a essa orientação, no capítulo da política urbana dispôs o constituinte de 1988, no art. 183: ‘Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural’. Da mesma forma, respaldando mais uma vez a função social da posse (pro labore) encontramos no capítulo III, que trata da política agrícola e fundiária e da reforma agrária, o art. 191, que assim dispõe: ‘Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade’.”¹²²

Como podemos observar, os exemplos acima citados configuram mais casos da função social da posse *ad usucapionem* do que propriamente da função social da posse, que se reveste de elementos que fogem ao *animus* de aquisição da propriedade.

V.C) FUNÇÃO SOCIAL DA USUCAPÃO

A Constituição Federal, bem como a legislação infraconstitucional, cristalizaram hipóteses em que a função social da posse ver-se-á atendida quando os elementos caracterizadores da posse se conformam com os princípios sociais somados ao *animus domini*.

¹²² FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Liminares nas ações possessórias*. São Paulo: RT, 1999, pp. 29 e 30, destacou-se.

Trata-se de hipóteses que se encartariam na função social da posse, mas apresentam algo a mais que a posse qualificada: a posse *ad usucapionem* qualificada; que podemos chamar simplesmente de função social da usucapião.

Com efeito, nem toda posse é considerada hábil *ad usucapionem*, conforme destacou nossa Corte Maior:

“Uma coisa é a posse *ad interdicta* e *al* a posse *ad usucapionem*. A primeira é, como demonstrou Cornil, e entre as dezenas de beatitudes da posse da alusão dos antigos doutores, o seu único e verdadeiro efeito, o seu efeito específico. Já a usucapião deriva da posse qualificada. Nem toda posse a produz, como no caso dos interditos, mas a posse exercida com *animus domini* e ininterrupta e tranquilamente em certo discurso de tempo, não dispensando, a usucapião ordinária, o justo título e a boa-fé. Pode, pois, o que vence o grado em ação possessória, ver, na reivindicação, sua posse considerada inábil *ad usucapionem*.”¹²³

A função social da usucapião está presente nas hipóteses do art. 191, da CF e 1.239, do CC (usucapião especial rural); art. 183, da CF e 1.240, do CC (usucapião especial urbano); art. 10 e ss. do Estatuto da Cidade (usucapião coletivo urbano), e art. 1.228, § 4º (usucapião especial coletivo).

Com efeito, são casos específicos que abarcam a propriedade imobiliária, mas que deixam clara a intenção do legislador em conferir à propriedade uma função social, ainda que seja por meio da cristalização da posse qualificada prolongada.

De mais a mais, falar em usucapião estará sempre subtendido a atenção da função social da posse que culminará com a percepção da função social da propriedade. Ou seja, a propriedade que deixou de ter função social, estará sujeita à usucapião que se cristaliza com a posse qualificada duradoura, que se traduz na função social da posse.

¹²³ STF, RE 10.604, rel. Min. OROZIMBO NONATO, 2ª T., j. 25.7.1950.

VI) USUCAPIÃO DA PROPRIEDADE IMATERIAL

Como vimos, a materialidade não é requisito para se configurar a posse. Então, não há o que se falar em ausência de posse quando se trata de coisa incorpórea.

Deveras, a exigência de posse para a configuração da usucapião não exclui bens incorpóreos. Nesse sentido já se decidiu:

“A pretensão ao interdito proibitório pode existir seja ou não corpóreo o bem. O interdito de que se fala é possessório. E objeto da posse tanto pode ser o bem corpóreo como o incorpóreo (obra intelectual, invenção, desenho de utilidade ou modelo industrial, marca de indústria e comércio, sinal de propaganda, indicação de proveniência). Onde quer que possa ser objeto de propriedade do bem pode haver posse.”¹²⁴

Desta feita, passemos agora à análise de bens incorpóreos que suscitam maiores dúvidas quanto à possibilidade de serem usucapidos.

VI.A) USUCAPIÃO DE SERVIDÕES

Servidão é um direito real consubstanciado em um *encargo que suporta um prédio denominado serviente, em benefício de outro prédio chamado dominante, conferindo ao titular o uso e gozo do direito ou faculdade*.¹²⁵

A servidão adquirida gera para o proprietário do prédio dominante, pois, um direito real de gozo que implica a leniência do proprietário do prédio serviente sobre aquela área sobreposta pela servidão.

Existem infinitos tipos de servidão, dentre elas as mais comuns: de trânsito, de passagem de água, de luz, etc.

¹²⁴ RT 659/67, sem destaque no original.

¹²⁵ Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20ª edição atualizada por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 335.

A usucapião de servidões remonta à Roma antiga e permaneceu em vigor até a o advento da *Lex Scribonia* sob a denominação de *usucapio servitutis*.

No entanto, segundo consta no Digesto de *Usurpationibus*, L. 9, no seio do direito romano não agradava a idéia de se usucapir as servidões por se tratar de coisa incorpórea.

Pela usucapião das servidões, seus defensores igualavam o requisito da posse a uma *quase-poss*i sobre a coisa incorpórea ou a posse de um direito, a *possessio-juris*.¹²⁶

No Brasil, foi a Lei 2.437/55 que admitiu a servidão oriunda da usucapião, dando nova redação ao art. 698 do Código Civil de 1916.

Hodiernamente, a usucapião da servidão resulta expressamente do art. 1.379 do Código Civil.¹²⁷

Da leitura do artigo citado, depreende-se que a servidão deve ser aparente. Ou seja, as servidões não aparentes não são suscetíveis à usucapião, eis que a servidão não se presume e também carece do registro necessário.

E sendo o registro necessário, somente adquire a servidão por usucapião o proprietário do prédio beneficiário, dominante.

Ainda a servidão deve ser contínua, que o Código Napoleônico de 1.804 bem identificou como aquelas cujo uso é ou pode ser contínuo, sem ter a necessidade de fato atual do homem; tais como a condução (art. 688).

126 Cf. RIBAS, Antonio Joaquim. *Da posse e das acções possessórias*. Rio de Janeiro: H. Laemmert E C., Livreiros, 1883, p. 98.

127 “Art. 1.379. O exercício incontestado e contínuo de uma servidão aparente, por 10 (dez) anos, nos termos do art. 1.242, autoriza o interessado a registrá-la em seu nome no Registro de Imóveis, valendo-lhe como título a sentença que julgar consumado a usucapião.”

A súmula 415 do Supremo Tribunal Federal¹²⁸ igualou às servidões contínuas as servidões de passagem que se solidificam por obras, tais como a construção de pontes, viadutos, etc.

Ressalte-se que somente o proprietário do prédio dominante é que faz jus à servidão. Recente julgado do Superior Tribunal de Justiça impediu a constituição por usucapião de passagem forçada proposta por inquilino do prédio dominante.¹²⁹

Há, ainda, a chamada *usucapio libertatis* que é a usucapião em favor do prédio serviente. Ela está prevista no art. 1.389, II, do Código Civil e ocorre quando o proprietário do prédio dominante não faz uso dela por 10 anos contínuos.

É, pois, manso e pacífico o entendimento de se adquirir servidão, bem incorpóreo, por meio da usucapião. Tal entendimento estou confortável em dizê-lo por compartilharem dessa opinião WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO e CARLOS ALBERTO DABUS MALUF:

“Comumente, o usucapião é invocado como modo de adquirir o domínio. Não se pense, porém, apesar do disposto no art. 1.238 do Código Civil de 2002, que sua utilidade se circunscreva à aquisição de outros direitos reais, como as servidões e o domínio útil na enfiteuse, que, embora não contemplada no novo Código Civil, ainda permanece nas instituídas na vigência do Código Civil de 1916, até a sua extinção (art. 2.038 do Cód. Civil de 2002).”¹³⁰

VI.B) USUCAPIÃO DA ENFITEUSE

Enfiteuse é um direito real de exercer o direito de propriedade sobre a coisa mediante o pagamento de um foro anual definido (art. 678 e ss. do CC/1916).

¹²⁸ “Servidão de trânsito não titulada, mas tornada permanente, sobretudo pela natureza das obras realizadas, considera-se aparente, conferindo direito à proteção possessória.”

¹²⁹ STJ, REsp 208.509, rel. Min. Ari Pargendler, 3ª T., v.u., DJ 23.08.04.

¹³⁰ MONTEIRO, Washington de Barros e MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de Direito Civil*, v. 3: Direito das Coisas. 39ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130.

Diante de sua natureza perpétua e de caráter aristocrata, a enfiteuse foi constantemente ao longo de sua história alvo de críticas, que culminaram com seu afastamento do nosso ordenamento jurídico pátrio, sendo excluída do rol de direitos reais no Código Civil de 2002 (art. 1.225).

No entanto, embora defesa a constituição de novas enfiteuses (art. 2.038, CC) não podemos menosprezá-la diante daquelas já formalizadas e que integram, pois, nosso ordenamento até sua completa extinção do mundo factual.

Não fosse a enfiteuse que recai sobre os bens da União prevista nos arts. 99 a 124 do Decreto-lei 9.760/46, certamente sua existência já estaria sepultada.

Remanescendo, pois, a enfiteuse cumpre a nós analisar sua subsunção à usucapião.

Primeiramente, insta salientar que a propriedade, ainda que sujeita à enfiteuse, pode ser usucapida diante da inércia do enfiteuta e do nu-proprietário. Ou seja, a usucapião é uma das hipóteses de extinção da enfiteuse, conforme nos ensina CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

“Também poderá cessar a enfiteuse por usucapião do imóvel aforado, hipótese pouco provável mas possível, em que aos requisitos da aquisição pela posse prolongada (v. nº 305, *supra*) se aliasse a dupla inércia do foreiro e do senhorio.”¹³¹

Referido mestre, na sequência do citado, salienta não incidir a usucapião entre o foreiro e o senhorio por questão da própria lógica do instituto:

“Não há porém, cogitar de usucapião deste contra aquele ou vice-versa, porque: 1. o enfiteuta não tem condições de usucapir contra o senhorio, de vez que a sua posse é um efeito da própria relação jurídica que por si mesma exclui a posse *cum animo domini*; 2. da parte do senhorio direto não haverá usucapião porque

¹³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20ª edição atualizada por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 226.

já é ele o titular da propriedade nua, com cessão do domínio útil ao foreiro em caráter perpétuo, ínsito na declaração de vontade constitutiva da enfiteuse, afastando a idéia de aquisição pela posse direta e prolongada, contra os termos do título.”¹³²

Questão controvertida que exsurge em se tratando de usucapião sobre a enfiteuse é, pois, com relação ao usucapiente e o enfiteuta.

Sob o pálio do antigo ordenamento civil de 1916 não havia dúvidas quanto à possibilidade de terceiro adquirente usucapir a enfiteuse de outrem, sendo a doutrina e a jurisprudência uníssonas nesse aspecto.

E é nas palavras de FRANCISCO GLAUBER PESSOA ALVES que refletimos essa posição:

“Ora, se a própria essência da enfiteuse é o aproveitamento econômico da área aforada por quem a tanto se proponha, resguardado o benefício daí advindo ao nu-proprietário a título de contrapartida, não se pode chegar a outro suporte viável que não a ausência de prejuízo que poderá advir ao titular do domínio direto se o domínio útil for por outrem adquirido.

(...)

Neste passo é que entendemos viável o usucapião do domínio útil.

Ressalte-se que a propriedade, ainda que nua, permanece com o senhorio direto. Se assim o é, não há ofensa alguma ao princípio da imprescritibilidade dos bens públicos (§ 3.º do art. 183 e par. ún. do art. 191, todos da CF; art. 67 do CC e Súm. 340 do STF).”¹³³

Quanto à jurisprudência maciça, cite-se por todos o seguinte julgado:

“USUCAPIÃO. DOMÍNIO ÚTIL REFERENTE A BEM PÚBLICO. IMÓVEL QUE ANTERIORMENTE JÁ ERA FOREIRO. ADMISSIBILIDADE.

Admissível o usucapião quando imóvel já era foreiro e a constituição da enfiteuse em favor do usucapiente se faz contra o particular até então enfiteuta e não contra a pessoa jurídica de direito público que continua na mesma situação

¹³² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20ª edição atualizada por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 226.

¹³³ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Usucapião de domínio útil*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil 13/341.

em que se achava, ou seja, como nua-proprietária. Precedentes do STF e STJ. Recurso especial conhecido e provido.”¹³⁴

Ressalte-se que embora se encontre julgados em sentido contrário quando se trata de domínio útil, por entenderem não recair sobre eles a usucapião¹³⁵, é de se frisar que a usucapião não se dá em face do nu-proprietário conforme bem ressaltou FRANCISCO GLAUBER PESSOA ALVES e o adquirente assume todas as obrigações da enfiteuse como novo foreiro.

Ou seja, a usucapião não alcança a União, restando sua incidência tão-somente aos particulares, ainda que a enfiteuse incida sobre bens públicos.

Essa questão, porém, não é de fácil transposição ao Código Civil de 2002, que suprimiu a enfiteuse do rol dos direitos reais e mais, previu cláusula de transição até que opere a sua extinção. Ou seja, o Código Civil de 2002 afirmou os ditos anseios de expeli-la do ordenamento jurídico.

Assim, acredito que a usucapião da enfiteuse contraria a intenção expurgatória, sendo, portanto, ilegítima tal pretensão. Caso contrário, teríamos a consolidação da natureza perpétua da enfiteuse que o Código Civil pretendeu abolir.

A corroborar com esse pensamento temos o novo dispositivo inserido no citado DL 9.760/46 pela Lei 11.481/07, o inciso IV que previu mais uma causa de extinção da enfiteuse de bens da União que é *pelo abandono do imóvel caracterizado pela ocupação, por mais de 5 (cinco) anos, sem contestação, de assentamentos informais de baixa renda, retornando o domínio útil à União.*

Ou seja, o legislador atento aos novos rumos da enfiteuse, previu como hipótese de extinção a ocupação de mais de 5 anos por terceiros, o que caracterizaria a usucapião desta, como, por exemplo, o legislador o fez na hipótese da usucapião coletiva prevista no § 4º do art. 1.228 do Código Civil.

¹³⁴ STJ, REsp 154.123, rel. Min. BARROS MONTEIRO, 4ª T., v.u., DJ 23.08.99. No mesmo sentido: RT 727/315, RT 550/174, RT 741/450.

¹³⁵ JTJ 125/283, RT 541/70.

Portanto, com o advento do Código Civil de 2002 creio que a hipótese de usucapião de enfiteuse restou afastada e a desídia do enfiteuta opera a extinção da enfiteuse, remanescendo ao adquirente de boa-fé alegar usucapião de uso de domínio público que será tratado no tópico adiante.

VI.C) USUCAPIÃO DE DIREITO REAL DE USO

Como visto no tópico precedente é pacífico em nosso ordenamento jurídico a possibilidade da usucapião incidir sobre direitos reais limitados, tais como a servidão e a enfiteuse já analisados. Ressalte-se que todos os direitos reais são objetos de usucapião, embora menos comum. O direito real de uso é um deles.

Tal como o usufruto, o direito real de uso é um desmembramento da propriedade de caráter temporário que incide sobre a coisa. No uso, o direito de gozar da coisa é mais restrito que o usufruto, pois é indivisível e incessível. Esse caráter restritivo do direito real de uso é de fácil percepção quando se tem em mente o art. 1.412 do Código Civil, onde se lê que *o usuário usará da coisa e perceberá seus frutos, quanto o exigirem as necessidades suas e de sua família*. Ou seja, o usuário tem a limitação de gozo da coisa para seu próprio benefício e de sua família; enquanto que no usufruto não encontramos tal limitação.

O direito real de uso ganhou maior relevância com o advento do Decreto-lei 271, de 28 de fevereiro de 1967 que previu em seu art. 7º a concessão de uso do imóvel público. O Poder Público, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social, vale-se do referido dispositivo para a concessão de uso de imóveis públicos, cujo respectivo direito real de uso tem sido amplamente comercializado no mercado imobiliário, e que por isso merece nossa atenção.

Lembre-se, de início, que, nos termos do arts. 183, § 3º e 191, § único, da Constituição Federal, os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. Ou seja, é defeso alegar usucapião em se tratando de imóveis públicos por expressa proibição constitucional.

Frise-se que a Constituição fala em imóveis públicos, que diferem de bens públicos. Segundo o art. 98 do Código Civil, são bens públicos os bens de domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial (correlatos ao serviço público) são inalienáveis enquanto conservarem a sua qualificação segundo preceitua o art. 100 do Código Civil, excluindo-se os bens dominicais (art. 101, CC).

Com relação à usucapião nosso Código é bastante claro: os bens públicos não estão sujeitos a usucapião (art. 102, CC), incluídos aí os bens dominicais, nos termos da Súmula 340 do STF¹³⁶.

Já os imóveis públicos podem ser objetos de alienação. Inclusive, o art. 17, I, Lei nº 8.666/93 prevê os modos de alienação que tais imóveis devem obedecer. E a alínea ‘f’ do inciso I do art. 17 da Lei nº 8.666/93 dispensa a licitação para a alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública.

Desta maneira, pergunta-se: a hipótese de usucapião de imóveis públicos restringe-se à aquisição da propriedade ou a qualquer uso real decorrente dela? Em outras palavras, podemos alegar usucapião de direito real de uso de imóvel público, caso preenchidos todos os pressupostos legais, eis que dispensada a licitação para venda de tais imóveis? Por evidente que não.

A dispensa de licitação é faculdade da Administração em casos específicos onde incide a licitação. Não se trata de inexistência de licitação e sim de dispensa. A aquisição do imóvel público é, pois, encartada na seara da Administração Pública, cujos regulamentos

¹³⁶ “Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.”

são específicos e são alheios à usucapião. Ademais, não há qualquer distinção na Constituição quanto à espécie de usucapião, não sendo lícito outro fazê-la.

Questão importante que exsurge nesse cenário é a possibilidade de se usucapir entre particulares direito real de uso obtido por cessão outorgada pela Administração Pública. Essa particularidade é ressaltada por ALEXANDRE GIANNI DUTRA RIBEIRO¹³⁷, Defensor Público do Distrito Federal, onde tais direitos são largamente comercializados em virtude da particularidade de nossa Capital Federal.

Defende referido autor a possibilidade da usucapião do direito de uso entre particulares, eis que em suas palavras *a usucapião do direito real limitado não gera qualquer prejuízo para o ente estatal, vez que preserva os seus direitos de proprietário, e mais, encontra respaldo, inclusive, no fim social das políticas habitacionais governamentais.*

Alinhado com a tese do autor supracitado, creio que é perfeitamente válido falar-se em usucapião de direito real de uso de imóvel público quando a relação se verifica entre administrados, conferindo à propriedade uma destinação útil e social.

Em suma, temos que a usucapião de direitos reais de uso de imóveis públicos não pode ser alegada contra a Administração por expressa vedação constitucional, o que não incide sobre os administrados que podem se socorrer da usucapião para pleitear perante o usuário desidioso o uso da propriedade pública para si, o que está em consonância com o princípio da função social da propriedade.

VI.D) USUCAPIÃO *VERSUS* DIREITOS REAIS EM GARANTIA

A Hipoteca é mais um direito real constante no rol do art. 1225 do Código Civil, mais precisamente em seu inciso IX.

¹³⁷ RIBEIRO, Alexandre Gianni Dutra. *A usucapião de direito real de uso obtido por meio de cessão outorgada pela Administração Pública*. Disponível em http://www.cidades.gov.br/secretarias-nacionais/programas-urbanos/biblioteca/regularizacao-fundiaria/materiais-de-capacitacao/instrumentos-de-regularizacao-fundiaria/usucapiao/usucapiao_cdru.pdf. Acesso em 15.09.2009, p. 4.

Juntamente com penhor e a anticrese formam os direitos reais em garantia. Ou seja, são ônus que incidem sobre determinados bens do devedor que servem de garantia para cumprimento de uma obrigação.

A hipoteca consiste no ônus gravado sobre determinado imóvel do devedor que garante o saldo de dívida com o credor, sem a transmissão da posse.

Já o penhor corresponderia aos termos da hipoteca, com o diferencial que aqui se confere a transmissão da posse e incide sobre os bens móveis.

A anticrese, menos comum, consiste no direito do credor em perceber os frutos de determinado imóvel do devedor, como segurança ao pagamento ou compensação de dívida, independentemente da posse.

Uma das características principais dos direitos reais que incidem sobre coisas alheias e a que nos interessa para o presente estudo é a indivisibilidade. Por indivisibilidade compreende-se que a garantia instaura-se na coisa tornando-se coisa uma, conforme o brocardo *sicut anima in corpore*. Em outras palavras, enquanto presente o gravame sobre o bem, não se pode haver alienação parcial do bem, tampouco isentar a coisa do ônus, sem o consentimento do credor.

Dessa forma, surgem as seguintes indagações que merecem nossa atenção: pode haver a aquisição por usucapião de imóvel hipotecado? Em caso afirmativo, subsiste o direito real sobre o imóvel usucapido? São essas as inquietações que abrangem os direitos reais em garantia frente ao instituto da usucapião e que cuidaremos de analisar.

Em artigo específico sobre o assunto, DOMINGOS AFONSO KRIGER FILHO¹³⁸ advoga pela desvinculação deste ônus real em se tratando de usucapião, uma vez que se trata de modo originário de aquisição e, portanto, livre de qualquer encargo:

¹³⁸ KRIGER FILHO, Domingos Afonso. *A hipoteca frente ao usucapião*. In Revista Síntese de Direito Civil e Processual 13/51.

“Como forma originária de aquisição do domínio, significa que o usucapiente não adquire de ninguém, mas adquire simplesmente, por si só, onde a consequência lógica é que a propriedade que existiu sobre o bem é direito que deixou de existir, suplantado pelo do possuidor, que a recebe limpa, sem qualquer de seus caracteres, vícios ou limitações, a não ser as impostas pela lei. Neste sentido, mostra-se totalmente irrelevante, do ponto de vista da força geradora inerente ao usucapião, a existência ou não do direito anterior, tanto que a sentença de procedência do pedido não atribui o domínio ao interessado, mas apenas o reconhece, tornando-o claro, haja vista que já se consumou desde o momento que a posse *ad usucapionem* teve início.”

Além disso, ressalta referido autor o princípio que vigora em nosso ordenamento jurídico vigente que diz que somente o proprietário da coisa pode oferecê-la em garantia (art. 1.420, CC), como mais um argumento para a desconstituição da garantia sobre o imóvel adquirido por usucapião. E mais, tratando-se de direito secundário, deve seguir a mesma sorte do direito principal, o que quer dizer que os direitos reais de garantia anulam-se com a inexistência da obrigação a que aderem (RT 255/216).¹³⁹

Por outro lado, lembremos o que o Código Civil preleciona que *nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação* (art. 1.419).

Ocorre, todavia, que esse direito deve ser mitigado quando existe bem maior a ser tutelado. O próprio Código Civil já prevê algumas dessas hipóteses, como, por exemplo, a hipótese constante no art. 1.422 em que o credor tem o direito de excutir a coisa hipotecada, naquela hipótese específica. Outros exemplos existem podemos encontrar na legislação alienígena.

Neste caso, o direito maior é o de propriedade com o restabelecimento e afirmação da sua função social que o usucapiente faz jus, em razão da leniência tanto do proprietário-devedor quanto do credor que lhe era conferido um direito real sobre aquele imóvel.

¹³⁹ Idem.

No entanto, conforme ressaltado por DOMINGOS AFONSO KRIGER FILHO a propriedade usucapida não é adquirida de ninguém, a usucapião como consabido é modo originário de aquisição da propriedade. Dessa forma, não subsiste ônus do proprietário anterior por haver desconstituído o vínculo existente com a propriedade.

Por isso, impossível alegar ser devida a indenização contida nos termos do art. 959 do Código Civil, por não haver responsabilidade do devedor na “perda” da propriedade, se existisse seria de ambos, devedor e credor.

Desta forma, tendo-se operado a usucapião sobre a propriedade temos as seguintes hipóteses concomitantes: (i) surge o direito de propriedade para o usucapiente, e (ii) resolve-se a propriedade com relação ao antigo proprietário, sendo, portanto, causa de extinção da hipoteca, nos termos do art. 1.499, III, do Código Civil, estendendo-se analogamente tal situação aos demais direitos reais em garantia.

VIE) USUCAPIÃO DE LINHAS TELEFÔNICAS

A prescrição aquisitiva do direito de uso de linha telefônica foi tema bastante difundido em nossa sociedade que não passou despercebido por nossos Tribunais, haja vista o interesse econômico em torno deste bem que se equiparava ao preço de um automóvel, quando o serviço telefônico era ainda atividade estatal privativa.

Naquele cenário surgiram, pois, duas correntes doutrinárias antagônicas sobre a possibilidade de se usucapir linhas telefônicas. A primeira delas defendia tratar-se de direito pessoal e, portanto, não passível de usucapião. Já a segunda corrente defendia tratar-se de direito real e, portanto, passível de usucapião.

Judicializada esta matéria, as companhias telefônicas, com amparo na primeira corrente acima mencionada, sustentavam que as linhas telefônicas eram disponibilizadas aos usuários mediante contrato pessoal de uso de linha telefônica e, portanto, insuscetível da usucapião (RT 543/213).

Nesse diapasão, o processualista ROBERTO BEDAQUE, enquanto Juiz do extinto Primeiro Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, proferiu decisão pela impossibilidade de usucapião de linha telefônica, sustentando que o uso de linha telefônica é serviço prestado por concessionária mediante contrato e, portanto, é um direito pessoal:

“O direito à utilização de linha telefônica não tem natureza real, pois não afeta a coisa direta e imediatamente, não implica poder de fato sobre determinada coisa. Trata-se de direito pessoal, decorrente de contrato entre o usuário e a concessionária do serviço telefônico.”¹⁴⁰

Por outro lado, a possibilidade de se usucapir direito real de uso de linha telefônica era defendido pela doutrina sob o seguinte prisma: o artigo 745, do Código Civil de 1916 dispunha que ao uso eram aplicáveis, no que não fora contrário à sua natureza, as disposições relativas ao usufruto.

Assim, tendo em vista que o usufruto extinguia-se pela prescrição (artigo 739, VI, do antigo Código Civil), o direito real de uso também seria extinto pela prescrição e, pois, sujeita à usucapião. Neste sentido confira-se o magistério de RITA DE CÁSSIA CURVO LEITE:

“Nesse sentido, a admissão de usucapião de direitos pertinentes a telefone consiste na circunstância de que ao direito de uso são aplicáveis, no que não for contrário à sua natureza, as disposições relativas ao usufruto (art. 745 do CC), e, como este se extingue pela prescrição (art. 739, VI, do CC), segue-se daí que o direito de uso também se perde pela prescrição. Passível, assim, de usucapião o direito de uso de terminal telefônico”.¹⁴¹

No entanto, apesar do Código Civil de 2002 não mais conter a previsão da extinção do usufruto pela prescrição, podemos simplesmente dizer que a usucapião é perfeitamente aplicável ao direito real de uso, na esteira dos demais direitos reais.

A corroborar a tese da possibilidade de se usucapir direito real de uso de linha telefônica, seus defensores valiam-se do disposto no artigo 48, inciso I, do Código Civil de

¹⁴⁰ Lex-JTACivSP 156/164. Ainda pela impossibilidade confira: RT 546/117, 547/61, e 543/213 e RJTJSP 80/203.

¹⁴¹ LEITE, Rita de Cássia Curvo. *Usucapião de linha telefônica (arts. 619 e 745 do CC)*. In RP 57/220.

1916, que considerava bens móveis os direitos reais sobre objetos móveis. BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO ressalta que *a possibilidade de aquisição de telefone por usucapião sempre foi considerada inafastável, pois o direito do seu uso em todo o tempo foi negociável e, portanto, transferível a terceiro.*¹⁴²

Importante de se ressaltar é a distinção feita por LUIZ ORIONE NETO de que somente é possível a usucapião de direito real de uso de linha telefônica entre particulares, não alcançando, portanto, a relação entre particular e concessionária.¹⁴³

A impossibilidade da ação de usucapião de domínio de linha telefônica face à concessionária é defendida pelo autor referendado no parágrafo antecedente é correta: o serviço telefônico prestado pela concessionária envolve uma gama de serviços, além de envolver bens públicos, que não podem ser usucapidos.

Tal entendimento está escorado na jurisprudência dominante, que diz ser impossível o reconhecimento da posse ou domínio sobre linha telefônica, pois o assinante não é legítimo possuidor da linha, mas mero usuário dos serviços telefônicos.¹⁴⁴

Ainda no mesmo sentido, é de se notar que *a assinatura de aparelho telefônico compreende um complexo de serviços prestados pela concessionária, razão porque descabe a respectiva proteção possessória e a pretendida prescrição aquisitiva.*¹⁴⁵

Com efeito, não se pode obrigar determinada empresa a prestar seus serviços de forma perpétua sem a devida contraprestação.

Diante desta problemática que abarrotou nossos Tribunais de processos, sobreveio súmula do Superior Tribunal de Justiça que colocou uma pá de cal sobre a questão,

¹⁴² RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 373-374. Ainda pela possibilidade de se adquirir linha telefônica via usucapião confira-se: RT 256/30, 476/89, 396/254, 387/222, 372/279, 547/60 e 591/138.

¹⁴³ ORIONE NETO, Luiz. *Posse e usucapião*. São Paulo: Lejus, 2002, p. 262.

¹⁴⁴ RT 566/72.

¹⁴⁵ ATA 12/129.

adotando a orientação de que o direito de uso de linha telefônica, como outros direitos, é susceptível de aquisição por usucapião.¹⁴⁶

A questão que remanesce na atualidade é com relação à prescrição aquisitiva em face do número do telefone. Poderia o usuário alegar a usucapião somente do número do telefone por ser um atributo que lhe identifica, uma vez incorporado pelo constante uso no decorrer dos anos?

Em face da concessionária já vimos que a resposta é negativa. Mas a portabilidade numérica não seria uma nova espécie de usucapião? É evidente que não.

A portabilidade numérica, regulada pela Resolução ANATEL 460/07, não se encaixa à usucapião primeiro por lhe faltar o requisito temporal. Ausente o lapso temporal, elemento caracterizador da usucapião, já basta para afastar a hipótese de incidência.

Em segundo lugar, o número do telefone é parte integrante do serviço prestado pela concessionária prestadora do serviço público de telefonia, composto, inclusive, por código de área que o identifica e tem seu alcance restrito a determinado local cuja gama de serviços conexos são ali peculiares.

Com relação à usucapião do número de telefone entre particulares creio ser perfeitamente possível. Imaginemos a seguinte situação: determinado sujeito adquire de boa-fé um aparelho celular já com a linha telefônica disponível. Após 5 anos de uso contínuo, o sujeito é surpreendido com interpelação da operadora requerendo a devolução da linha que havia sido suspensão em razão do furto ocorrido com o proprietário original. Neste caso, parece evidente a consumação da prescrição aquisitiva tanto do bem corpóreo, o aparelho de celular, quanto do bem incorpóreo, a linha telefônica.

¹⁴⁶ Súmula 193: “O direito de uso de linha telefônica pode ser adquirido por usucapião.”

A vista do exposto neste tópico, subsiste a prescrição aquisitiva de linha telefônica entre particulares, o que não se verifica entre particular e a concessionária prestadora do serviço público de telefonia.

VI.F) USUCAPIÃO DE AÇÕES

Interessante tema, ainda, cuida da usucapião de ações que correspondem às frações ideais das sociedades mercantis que podem ser negociadas no mercado regulado, denominado Bolsa de Valores ou, simplesmente, serem objeto de transações comerciais puramente civis, tais como a compra e venda, a doação, dentre outras tantas.

Muito se discute sobre a viabilidade das ações serem objeto de usucapião, porque sobre elas seria impossível exercer-se posse, fundamento essencial para essa forma de aquisição de propriedade.

As ações, cujo presente tópico irá abordar, são verdadeiros títulos de crédito. E, por serem as ações consideradas títulos de crédito, estas são também consideradas bens móveis.¹⁴⁷

Da mesma forma, FÁBIO KONDER COMPARATO em parecer referente a títulos acionários esclarece a natureza de bens móveis contida neles:

“De tudo o que se acaba de expor, decorre que os valores mobiliários, relativamente aos títulos de crédito, apresentam-se mais como res do que como créditos. Ademais são coisas sujeitas a um mercado (graças à sua fungibilidade), isto é, mercadorias. Eis porque o velho Código Comercial incluiu os títulos de fundos públicos e as ações de companhias entre os feitos móveis, cuja compra e venda é considerada mercantil, quando contratada para revenda (art. 191, segunda parte).”¹⁴⁸

¹⁴⁷ Cf. ASCARELLI, Tullio. *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*. São Paulo: Saraiva, 1943, p. 184.

¹⁴⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *Novos ensaios e pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 18, grifo nosso.

A ideia de ação das companhias como mercadoria é concomitante com sua criação. A primeira sociedade anônima, a Companhia das Índias Orientais, tinha suas ações comumente negociadas como mercadorias, tornando-as alvo de especulações.

Todos os valores mobiliários, portanto, equiparam-se aos bens móveis, independentemente da forma que se revestem.

Em França encontramos na lei que trata sobre os valores mobiliários a seguinte definição em seu artigo 1º: “são considerados valores mobiliários, para fins da presente lei, os títulos emitidos por pessoas jurídicas públicas ou privadas, transmissíveis por inscrição em conta ou tradição, que conferem direitos idênticos por categoria e dão acesso direta ou indiretamente a uma quota de capital da pessoa jurídica emissora ou a um crédito geral sobre o seu patrimônio”.

E, comentando o artigo supracitado, GEORGE RIPERT e RENÉ ROBLOT enaltecem a crescente desmaterialização de tais títulos, embora remanesçam todas as outras características originais:

“na sua concepção tradicional o valor mobiliário é materializado por um título que, de certa maneira, é o suporte do direito. O título nominativo comprova a inscrição no registro de transferência, que faz presumir a propriedade do titular com força probante absoluta. O título ao portador é a representação física do direito que ali se encontra incorporado. **Mas os títulos instrumentos materiais estão em via de desaparecimento em face das medidas de desmaterialização. Em sua nova acepção a palavra título designa um valor escritural sem individualidade**”.¹⁴⁹

Ou seja, o título de crédito é considerado bem móvel por seu valor econômico e por sua característica de circulação, que são seus elementos configuradores e a ausência de materialidade não tem o condão de afastá-los. E, apesar das mutações quanto à forma ao longo da história, seu tratamento jurídico permanece incólume.

¹⁴⁹ Tradução livre. RIPERT, George e ROBLOT, René. *Traité de droit commercial*. 15ª ed. Paris: LGDJ, 1996, p. 5, destacou-se.

E, uma vez assumida a feição de bem móvel, incidem sobre os valores mobiliários todos os direitos reais inerentes, dentre eles a usucapião.

No direito italiano a possibilidade da aquisição da propriedade de títulos de crédito pela via da usucapião é admitida, como resulta dos posicionamentos de MONTEL SARTORIO¹⁵⁰, de FIORENTINO¹⁵¹ e de FOSCHINI¹⁵².

No direito espanhol é também admitida a prescrição aquisitiva de títulos nominativos, segundo ANTONIO PERDIZES HUETO sustenta. Diz o autor espanhol que se um adquirente das ações faz uso delas na condição de sócio, nasce o direito de usucapi-las após transcorrido o tempo necessário.¹⁵³

A posse de crédito, inclusive, tem tratamento específico no Código Civil Francês, em especial o art. 1.240, que diz que o pagamento feito de boa-fé àquele que está na posse do crédito é válido ainda que o possuidor seja, em seguida, evicto desse bem.¹⁵⁴

FÁBIO ULHOA COELHO¹⁵⁵, em brilhante parecer pela negativa de se usucapir ações nominativas, ressalta a obrigatoriedade de registro e/ou averbação no registro de ações nominativas das transferências das ações de uma companhia.

Com a devida vênia ao ilustre comercialista, o registro diz respeito simplesmente à publicidade destes e não à sua existência.

¹⁵⁰ SARTORIO, Montel. *Usucapione*. In: *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: UTET, 1974, p. 294.

¹⁵¹ FIORENTINO. *Dei Titoli di Credito*. Bologna: Zanichelli, 1974, p. 99.

¹⁵² FOSCHINI, Marcello. *Usucapione di Titoli di Credito*. In: *Riv. Dir. Comm.*, 1960, p. 38.

¹⁵³ HUETOS, Antonio B. Perdices. *Clausulas Restritivas de la Transmisión de Acciones y Participaciones*. Madrid: Civitas, 1997. No original: “si un adquirente ha sido objeto de inscripción em el libro registro, y ha venido haciendo uso de su condición de socio duranre el período señalado para la usucapion podrá usucapar esa condición a pesar la restricción.”

¹⁵⁴ Tradução livre do original : “Le payment fait de bonne foi à celui qui est em possession de la créance, est valable, encore que le possesseur en soit par la suite, evincé.”

¹⁵⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Parecer constante dos autos n.º 2002.215911, 8ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, fls. 3237/3259.

Ressaltando a natureza pública dos livros comerciais, FÁBIO ULHOA COELHO¹⁵⁶ invoca uma suposta semelhança dos registradores das companhias com os oficiais de registros públicos, o que efetivamente não ocorre.

Os livros comerciais não têm essa pretendida natureza pública. Basta atentar para o conceito de instrumento público para se constatar a falácia dessa equiparação. Como ensina MOACYR AMARAL SANTOS, sem favor nenhum o maior especialista nacional na matéria referente às provas e, em especial, à prova documental, instrumentos públicos são aqueles *formados por oficial público no exercício de suas funções*.¹⁵⁷

É manifesta demasia pretender equiparar mero empregado da companhia incumbido do registro dos livros comerciais a um oficial público no exercício de suas funções. Da mesma forma a equiparação da companhia a um registro público não se sustenta.

De qualquer sorte, ORLANDO GOMES, eminente jurista, em parecer, já admitiu expressamente a usucapião de ações, como a seguir se denota:

“Sem terem sido inventariadas e partilhadas, as ações em questão foram vendidas à usina em 4 de abril de 1973; por sua vez, a usina vendeu-as ao Consulente, e este é, até hoje, seu possuidor e titular. Desse modo, ditas ações deixaram de estar na posse do espólio da genitora dos vendedores há mais de dez anos. Primeiramente, passaram à posse de quem as comprou dos herdeiros e, em seguida, têm estado até hoje na posse do Consulente, adquiridas que foram por tradição em execução de justo *titulus adquirendi*. Foram, portanto, possuídas sucessivamente por duas pessoas durante o lapso de tempo necessário à consumação da usucapião extraordinária, e, como a lei admite a *accessio possessionis*, isto é, faculta ao sucessor singular unir, para os efeitos legais, sua posse à do antecessor, bem de ver que a junção, no caso, assegurou-a decisivamente a quem interessa somá-las. (...) **não há dúvida de que o Consulente teve, confirmado pela usucapião extraordinária, a titularidade das ações em causa, independentemente até mesmo de qualquer manifestação de vontade nesse sentido, porque a transmissão do direito real em favor do usucapiente se realizou automaticamente. A posse**

¹⁵⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Parecer constante dos autos n.º 2002.215911, 8ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, fls. 3237/3259.

¹⁵⁷ Cf. SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 393.

prolongara-se por mais de cinco anos e já produzira usucapião, consolidando-se ipso facto.”¹⁵⁸

Igualmente, PONTES DE MIRANDA admitia a usucapião dos títulos de crédito, ainda que restrita aos títulos ao portador:

“A usucapião de títulos ao portador pode ocorrer, principalmente, nos casos de aquisição a incapazes, ou a pessoas sem poder de disposição, ou de coisas perdidas ou furtadas.

A usucapião de títulos cambiários e cambiariformes tem menor importância do que a das outras coisas móveis, inclusive a dos títulos ao portador vulgares. Porém existe o instituto. *E.g.*, no caso de alienação por incapazes, ou por pessoas que não estavam, ao adquiri-la, de boa-fé.”¹⁵⁹

Quanto à possibilidade das ações de sociedade anônima serem passíveis de usucapião, ainda que incorpóreas como as escriturais, são os pareceres dos eminentes juristas MIGUEL REALE e JUDITH MARTINS-COSTA, ALFREDO LAMY FILHO e LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES.

MIGUEL REALE e JUDITH MARTINS-COSTA, após acurado exame da evolução histórica desse instituto, ressaltam a evolução do instituto que ora abarca também os bens incorpóreos, dizendo que *se hoje as coisas incorpóreas são suscetíveis de propriedade, também o poderão ser de usucapião.*¹⁶⁰

Prosseguindo no exame dessa questão, após examinar a natureza das ações escriturais, referidos autores enxertam no conceito de propriedade os bens imateriais, ressaltando a dispensabilidade do registro que destacamos acima para configuração da usucapião:

“Esse raciocínio direciona, finalmente a resposta acerca da susceptibilidade à usucapião das ações em causa. Aceita, no plano teórico dogmático, a *possessio*

¹⁵⁸ GOMES, Orlando. *Questões mais recentes de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 137, destacou-se.

¹⁵⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, p. 104.

¹⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith e REALE, Miguel. *Da prescrição aquisitiva de ações escriturais*. In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais n.º 27. São Paulo, 2005, p. 75.

iuris; realizada, no plano positivo, a extensão conceitual da propriedade aos bens imateriais; e confirmada, no plano prático, a documentabilidade de res incorpórea, que segue, no direito societário, formas e registros próprios, nada haveria a impedir, ao nosso ver, a usucapião. Na espécie, portanto, se já não houvesse – como pensamos haver – a reunião entre titularidade e legitimidade em mãos da Fundação Bradesco e da Nova Cidade de Deus Participações S/A, teriam, essas entidades, a competente ação judicial para ver declarada a sua titularidade.”¹⁶¹

Assim é que os ilustres pareceristas MIGUEL REALE e JUDITH MARTINS-COSTA, ao responder o quesito específico quanto à usucapião de ações, concluíram que *mesmo sendo as ações escriturais valores mobiliários incorpóreos, podem ser elas objeto de posse ad usucapionem*.¹⁶²

Da mesma forma, o Professor ALFREDO LAMY FILHO, que foi um dos autores do anteprojeto que se transformou na Lei n.º 6.404/76, examinando a matéria sob outra ótica, sintetizou seu parecer na seguinte resposta ao quesito pertinente:

“De tudo que se acaba de expor, decorre que os valores mobiliários, relativamente aos títulos de crédito, apresentam-se mais como res do que como créditos. Ademais são coisas sujeitas a um mercado (graças à sua fungibilidade) isto é, mercadorias. Eis porque o velho Código Comercial inclui os títulos de fundos públicos e as ações das companhias ENTRE OS EFEITOS MÓVEIS, cuja compra é considerada mercantil, quando contratada para revenda’. As ações continuam, pois, com sua natureza jurídica de “efeitos móveis”, e o fato de serem relacionadas entre os valores mobiliários juntamente com papéis de outra natureza em nada alterou sua natureza jurídica, nem no Brasil nem nos demais países que usaram as mesmas expressões ‘valores’ ou ‘securities’ como gênero de papéis fungíveis, negociáveis, sujeitos à fiscalização pública.”¹⁶³

Neste parecer especificamente voltado à temática da usucapião de ações escriturais de sociedade anônima, ALFREDO LAMY FILHO concluiu, peremptoriamente, que se trata de caso típico de prescrição aquisitiva de título de crédito.

¹⁶¹ Idem, p. 79, destacou-se.

¹⁶² Idem, p. 83.

¹⁶³ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Usucapião de ações escriturais*. São Paulo: Singular, 2004, p. 20/21, grifos originais.

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, catedrático de Direito Comercial na USP, abordando especificamente a usucapião de ações escriturais, já sustentava a possibilidade de se adquiri-las por meio de usucapião, em excerto que merece ser transcrito e ora pedimos vênia para tanto:

“4. Usucapião de ações escriturais

4.1. E aqui chegamos ao ponto crucial de nosso parecer. A posse *ad usucapionem* capaz de gerar a aquisição da propriedade, requer o exercício, ostensivo e ininterrupto dos poderes inerentes ao domínio, por determinado espaço de tempo. Ora, relativamente aos bens móveis, cuja propriedade se presume pela inscrição do nome do titular no registro competente (como se dá exatamente com as ações nominativas e com as ações escriturais, cf. arts. 31 e 34 da Lei n. 6.404), o exercício dos direitos dominiais – que exterioriza a situação de posse – só poderá ser desempenhado por quem esteja investido “formalmente” da titularidade do bem, ainda que de maneira inidônea.

4.2. Quer dizer, a posse *ad usucapionem* de ações nominativas ou escriturais pressupõe, sempre, a posse *ad legitimationem*, e esta, por sua vez, requer a titularidade das mesmas – a titularidade que justamente se procura adquirir pelo usucapião. A contradição, contudo, é apenas aparente. Como se sabe, se não lhe pesa a marca de qualquer dos defeitos típicos, ou seja, se não foi assumida de maneira violenta, clandestina ou precária (Código Civil, art. 489), a posse *cum animo domini* deve ser considerada “justa”, desde que disponha o possuidor de título em tese – e apenas em tese – hábil para gerar a transferência do domínio. Ainda que, nas circunstâncias do caso, esse título padeça de algum defeito ou lhe falte qualidade específica.

4.3. Assim, o acionista pode ter em seu nome ações nominativas ou escriturais, com base em título que apenas em aparência era hábil para gerar a aquisição, mas cuja propriedade se consolidará *tractu temporis* pelo usucapião, que o expurga da imperfeição porventura existente. No usucapião ordinário de coisa móvel, que se consuma no espaço de três anos, o legislador exige posse com justo título, mas com essa definição (art. 612), e já no usucapião extraordinário, que se consuma no espaço de cinco anos (art. 613), basta a posse pacífica e incontestada nesse prazo, dispensando-se o requisito do justo título, que é aí presumido de maneira irrefragável.

4.4. Nessas condições, não é nada estranho, mas perfeitamente lógico, que alegue, como matéria de defesa, a aquisição por usucapião, o titular de ações nominativas ou escriturais que tenha ações em seu nome, mas venha a ser molestado por uma pretensão de terceiro, que argua vício formal ou intrínseco do título que lhe atribuiu a titularidade das ações.”¹⁶⁴

¹⁶⁴ Idem, p. 558, destacou-se.

Como destaca o parecer do professor LEÃES, esta matéria já foi apreciada pelos Tribunais italianos, que julgaram um caso semelhante erigido à condição de *leading case* na matéria na Corte de Cassação, em acórdão de 6 de abril de 1982.

Nesse julgado, conforme ressalta o ilustre parecerista, a pretensão de restituição de ações nominativas a teor de ter sido falsificado o documento de sua transferência, foi rechaçada pela referida Corte. Esta, *ao acolher a matéria de defesa invocada pela congregação, consagrou a idéia de que os títulos nominativos são usucapíveis, com a originalidade de que a posse ad usucapionem dos títulos pressupõe a posse legitimada dos mesmos, já que somente o legitimado pelo endosso e pelo registro, de acordo com o regime de circulação adotado pela lei italiana, pode exercer ‘de fato’ os poderes cartulares inerentes às ações.*¹⁶⁵

E conclui o mestre que as ações escriturais, assim como as nominativas, são bens móveis imateriais sujeitos a vínculos reais, como o penhor e o usufruto; e da mesma forma, porque suscetíveis de vínculos reais, essas ações escriturais sujeitam-se à posse, podendo, por consequência, serem usucapidas.¹⁶⁶

A doutrina estrangeira não se manteve inerte a esta importante questão, que KATIA MASCIA bem salientou:

“Questão longamente discutida também no passado é aquela relativa à aceitação da usucapião na área dos títulos de crédito. O título de crédito se pode definir como aquele documento que contém a promessa unilateral de efetuar uma determinada prestação de favor daquele que o apresentará ao devedor. A sua função é aquela de favorecer a movimentação da riqueza, ou seja de render mais fácil, tranquila e rápida a circulação dos bens. Característica fundamental do título de crédito é a incorporação do direito no título: é suficiente a posse do documento para provar a existência do direito nele incorporado e para obter, então, a prestação nele prevista.”¹⁶⁷

¹⁶⁵ Idem, ibidem.

¹⁶⁶ Idem, p. 562.

¹⁶⁷ MASCIA, Katia. *L’Usucapione. La casistica giurisprudenziale di acquisto della proprietà di beni mobili e immobili e di altri diritti reali attraverso il decorso del tempo*. Matelica: Halley, 2007, pp. 112 e 113. Tradução livre do original: “Questione lungamente dibattuta anche in passato è quella relativa all’ammissibilità dell’usucapione in ordine ai **titoli di credito**.”

Ressalte-se que a posse descrita no excerto acima não está atrelada ao bem físico. Conforme a jurisprudência analisada por KATIA MASCIA a posse é comprovada não pelo título e respectivo registro, mas sim pelos poderes exercidos inerentes à posse:

“A jurisprudência, do seu lado, aceita a usucapião dos títulos de crédito, em particular dos títulos nominativos acionários. Para haver a aquisição da propriedade do título de crédito nominativo (acionários) por quem tem a posse não é suficiente o mero registro formal no título, mas se pede que ele exerça, no período de tempo útil, poder que são inerentes à posse do documento.”¹⁶⁸

Eis a jurisprudência que a autora se socorre:

“É aceitável a posse dos títulos de crédito por usucapião, em particular dos títulos nominativos acionários, mas a tal finalidade, eis que a posse em si é relevante para a usucapião enquanto seja manifestada de maneira pacífica e contínua e exercitada de modo visível e não oculto, de modo a mostrar claramente a vontade do possuidor de submetê-la ao próprio poder; a posse não se realiza com a mera presença material do documento, precisa também da legalidade, ou seja, a posse segundo a lei em circulação do título, que só se verifica com o exercício dos poderes cartulares relativo a posse do documento e o efetivo exercício, pelo período de tempo útil, dos seguintes poderes (direito de uso, direito de participação e de voto nas assembleias, direito às inspeções dos livros sociais, etc..).”¹⁶⁹

Il titolo di credito può definirsi come quel documento contenente la promessa unilaterale di effettuare una determinata prestazione a favore di colui che lo presenterà al debitore. La sua funzione è quella di favorire la mobilitazione della ricchezza, ossia di rendere più facile, snella e celere la circolazione dei beni.

Caratteristica fondamentale del titolo di credito è l'**incorporazione** del diritto nel titolo : è sufficiente il possesso del documento per provare l'esistenza del diritto in esso incorporato e per ottenere, dunque, la prestazione in esso prevista.”

¹⁶⁸ Idem, ibidem. Tradução livre do original: “La giurisprudenza, dal canto suo, ritiene ammissibile l'usucapione dei titoli di credito, in particolare dei titoli nominativi azionari. Per aversi l'acquisto della proprietà del titolo di credito nominativo (azionario) da parte del possessore non si ritiene sufficiente la mera intestazione formale sul titolo, ma si richiede che costui eserciti, per il periodo di tempo utile, i poteri che sono inerenti al possesso del documento.”

¹⁶⁹ Idem, ibidem. Tradução livre do original: “È ammissibile il possesso ad usucapionem dei titoli di credito, ed in particolare dei titoli dei titoli nominativi azionari, ma a tal fine, poiché il possesso in tanto è rilevante per l'usucapione in quanto si esteriorizza in maniera pacifica e continuativa ed esercitato in modo visibile e non occulto, in modo da palesare l'animo del possessore di voler assoggettare la cosa al proprio potere, la fattispecie possessoria non si realizza con la mera disponibilità materiale del documento, occorrendo anche la legittimazione, vale a dire il possesso secondo la legge di circolazione del titolo, che sola consenta di esercitare i poteri cartolari inerenti al possesso del documento, e l'effettivo esercizio, per il periodo di tempo utile, di tali poteri (diritto agli utili, diritto di partecipazione e di voto nelle assemblee, diritto all'ispezione dei libri sociali, e così via)” (Cass. civ., 6.4.82, n. 2103, in *Mass. Giust. civ.*, 1982, fasc. 4; *Giur. it.* 1982, I, 1, 821).

A autora italiana ressalta que, tal como aqui no Brasil, esta questão não se encontra pacificada, como mostra as opiniões de seus pares que admite a usucapião (BARASSI; FIORENTINO; MONTEL; VALENTE; SACCO) e a outra corrente que a rejeita (FERRI; GENTILE).¹⁷⁰

Nossos tribunais pátrios também reconheceram a possibilidade da aquisição das ações pela usucapião que *in casu* são bens incorpóreos. O desembargador JOSÉ ROBERTO BEDRAN do Tribunal de Justiça de São Paulo, em voto-vista de processo que se discutia a titularidade de ações, expressamente reconheceu a aquisição destas por usucapião:

“Neste particular, tenho que embora valores mobiliários circulantes, as ações de sociedades anônimas constituem bens incorpóreos, o que, nem por essa singular característica, impediria sua sujeição às forças da prescrição aquisitiva, como tem sido reiteradamente admitido em hipóteses análogas, a exemplo do que se dá com o direito de uso de marca ou propriedade industrial, ou ainda de linha telefônica, com a nota de que, quanto a este último, a jurisprudência do Colendo STJ até se consolidou na sua Súmula n.º 193.”¹⁷¹

Em outra oportunidade a 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, na esteira do acórdão supracitado, consignou que as ações são bens móveis e, portanto, adstritas à prescrição aquisitiva:

“As ações que teriam sido subtraídas do patrimônio da apelada em razão da consumação da usucapião são bens móveis. E como tal, nos termos do artigo 619 do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos, têm a prescrição aquisitiva consumada em cinco anos, já que na hipótese inexistente título de boafé.”¹⁷²

Mais recente ainda, podemos citar decisão em ação de usucapião extraordinário, objetivando ver reconhecido o domínio de vultosa quantia consistente em aplicações de CDB/RDB, que, tais como as ações, são títulos que representam certa soma em dinheiro, cuja cartularidade não se mostra como requisito indispensável:

¹⁷⁰ Idem, ibidem. No original: “Una parte della dottrina opta per l’usucapibilità (BARASSI; FIORENTINO; MONTEL; VALENTE; SACCO) mentre altra si schiera in senso opposto, negandola (FERRI; GENTILE).”

¹⁷¹ TJSP, Apelação n.º 439.846/1-00, rel. Des. ARIIVALDO SANTINI TEODORO, 2ª Câm. de Dir. Privado, DJ 6.11.06, fls. 16 e 17 do acórdão.

¹⁷² TJSP, Apelação Cível n.º 7.142.368-6, rel. Des. LUIZ ANTÔNIO ALVES TORRANO, DJ 10.4.08. fl. 4 do acórdão.

“Tendo sido comprovada a posse por mais de cinco anos, o fato de originalmente o dinheiro não ser do requerente/autor é absolutamente irrelevante, tanto que, uma vez ultrapassado o lapso temporal exigido pela lei, o usucapião se produz ainda que não exista título e mesmo ma hipótese de inexistência de boa-fé que, no caso, insiste-se, ela está presente, pois a culpa não cabe ao requerente se um terceiro, por liberalidade ou outra razão, resolveu manter vultosa importância a seu favor, sob a forma de certificados de depósito bancário.

(...)

Ante o exposto e ao mais que dos autos consta, **julgo procedente**, o pedido formulado por Haroldo Silva, já qualificado, para lhe declarar o domínio sobre o montante do dinheiro depositado pelo proprietário originário da Conta nº 3.630-7, agência 0201-1, em nome do autor no Banco do Brasil S.A.”¹⁷³

É, portanto, plenamente cabível a usucapião em face de títulos de crédito, eis que a posse não pressupõe a materialidade do objeto e a desmaterialização de tais títulos não teve o condão desnaturar esse instituto.

VI.G) USUCAPIÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

A Propriedade Intelectual é a união do Direito de Autor e da Propriedade Industrial.

A expressão *propriedade intelectual* é hoje a mais difundida em razão de sua utilização pela OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual), do Acordo TRIPS (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*) e no Brasil pela ABPI (Associação Brasileira de Propriedade Intelectual), dentre outros, embora mais acertada a expressão *direitos intelectuais* que EDMOND PICARD¹⁷⁴ se valia, por não se enquadrar o direito de autor no ramo dos direitos reais como veremos adiante.

O Direito de Autor engloba tanto a criação literária quanto a criação artística, além dos chamados direitos conexos, que são os direitos dos intérpretes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão. Ou seja, qualquer criação do espírito, uma vez

¹⁷³ Sentença proferida nos autos do processo n.º 075.06.008572-4, em trâmite perante a Comarca de Tubarão, Santa Catarina, aos 07.10.2008.

¹⁷⁴ PICARD, Edmond. *O direito puro*. 2ª Ed. Salvador: Livraria Progresso, 1954, p. 116.

exteriorizada, considera-se obra intelectual protegida pelo Direito de Autor, segundo definição contida no art. 7º da Lei n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

A Propriedade Industrial, por sua vez, engloba as marcas e os inventos, sob a rubrica da Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996.

Uma vez delineados os respectivos campos de abrangência, passamos a abordá-los separadamente por haver tratamento distinto entre as disciplinas que abrangem a Propriedade Intelectual.

VI.G.1) USUCAPIÃO DO DIREITO DE AUTOR

Para se verificar a incidência da usucapião no ramo do Direito de Autor, é necessário antes definir sua natureza jurídica, que andou vacilante pela doutrina.

A celeuma instalada no bojo do Direito de Autor gira em torno de seu pretenso estreitamento com o direito de propriedade, que parte da doutrina pretendia lhe impor. Muito se discutiu acerca de sua ligação com o direito de propriedade, surgindo três correntes predominantes neste aspecto: a teoria que diz ser o direito de autor um direito de propriedade; a teoria monista, que diz tratar-se de direito uno *sui generis* entrelaçado pelos direitos pessoais e patrimoniais; e a teoria dualista, que diz tratar-se de direito híbrido composto por direitos distintos, quais sejam, os direitos pessoais e patrimoniais.

TULLIO ASCARELLI, entusiasta da primeira corrente, via no direito de autor a primazia do direito patrimonial sobre a obra e o aspecto pessoal seria restrito tão-somente ao direito de paternidade, que se não se mostra autônomo ou distinto ao direito de propriedade considerado absoluto.¹⁷⁵

¹⁷⁵ Cf. ASCARELLI, Tullio. *Teoría de La concurrencia y de los bienes inmateriales*. Traducción de E. Verdera y L. Suárez-Llanos. Studia albornotiana. Publicaciones Del Real Colegio de España em Bolonia. Barcelona: Bosch, 1970, pp. 694-696.

Essa tese, embora frágil por não reconhecer os direitos de personalidade ínsitos ao Direito de Autor, remonta à tradição romanística da propriedade que corresponde ao direito absoluto do autor em tirar proveito de sua obra.

E foi com esse pensamento que o Código Civil brasileiro de 1916 foi redigido, constando como direito de autor toda *propriedade literária, artística e científica*.

Todavia, com o passar do tempo a tese de ser o direito de autor um direito de propriedade foi-se desgastando em virtude da crescente doutrina fortalecedora dos direitos morais de autor, até restar plenamente superada pelas teorias monista e dualista.

O direito moral de autor nada mais é que o respectivo direito pessoal que o autor detém sobre a obra. O direito moral do autor remonta à doutrina francesa no final do século XIX, sendo consagrado pela Convenção de Berna em 1928 e posteriormente ratificada pela Convenção de Roma que expressamente reconheceu sua incidência no ramo dos direitos autorais.

No Brasil, o direito moral de autor está expressamente consignado nos artigos 22, 24, 27, 49, I, da Lei n.º 9.610/98. Segundo os incisos do artigo 24 da Lei n.º 9.610/98, os direitos morais de autor englobam os seguintes direitos, cujo rol a seguir é meramente exemplificativo: *I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra; III - o de conservar a obra inédita; IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-la, como autor, em sua reputação ou honra; V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada; VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem; VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o*

menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

É de se destacar que os direitos morais de autor que incidem sobre a obra pertencem exclusivamente ao autor (art. 22, da Lei n.º 9.610/98) e são inalienáveis e irrenunciáveis (art. 27, da Lei n.º 9.610/98), sendo vedada a transmissão desses direitos (art. 49, I, da Lei n.º 9.610/98).

Diante de tais características peculiares, não é difícil perceber que os direitos de autor são direitos personalíssimos e, portanto, impossíveis de serem usucapidos. A vã tentativa de torná-lo direito real já era criticada por EDMOND PICARD, que alertava sua natureza ímpar:

“Tratem destes direitos à parte, dizia eu, e conforme a sua verdadeira natureza: renunciem a fazê-los entrar a golpes de maço nos direitos reais, e todas as contradições que atormentam os legisladores e os juristas desaparecerão como por encanto.”¹⁷⁶

No mesmo sentido, GOFFREDO DA SILVA TELLES JÚNIOR mostra-se conclusivo quanto à natureza intransmissível da obra, não obstante denominá-la propriedade:

“Sendo expressão de um pensamento, a obra intelectual, assim exteriorizada, é manifestação própria de quem teve o pensamento, e o revelou. É obra própria do manifestante. E, por ser obra própria, ela é propriedade de seu autor. Mas este tipo de propriedade nada deve ao Direito. Ela é qualidade, uma certa maneira de ser, manifestada na obra produzida. **É uma propriedade que não pode ser adquirida e alienada, não pode ser objeto de normas jurídicas.** A obra intelectual é propriedade do autor como o bater de asas e o vôo são propriedade do pássaro. A obra intelectual é de tal maneira coisa própria de seu autor que, uma vez produzida, não tem o autor meio nenhum de se desvencilhar dela.”¹⁷⁷

O direito português, inclusive, é bastante claro ao afastar a usucapião dos direitos autorais. O Código do Direito de Autor de Portugal (Decreto-lei n.º 63/85) traz a seguinte redação em seu artigo 55: “O direito de autor não pode adquirir-se por usucapião”.

¹⁷⁶ Ob. Cit., p. 116.

¹⁷⁷ TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. *Iniciação da ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 300.

Nosso ordenamento positivo não desceu a essa minúcia, porém o Superior de Justiça colocou uma pá de cal sobre esta questão, no verbete sumular de n.º 228 ao dizer que *é inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral*.

Ora, se inadmissível a proteção possessória no tocante ao direito autoral, então inadmissível também a usucapião pela ausência de um de seus pressupostos, qual seja, a posse prolongada.

A posse no Direito Autoral foi, inclusive, alvo de análise pela doutrina abalizada de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO que afastou a sua incidência:

“a posse pressupõe necessariamente uma coisa sobre a qual se exerçam poderes. Mesmo a chamada posse de direitos não deixa de pressupor uma coisa sobre que recai o exercício do direito. Por isso a posse se perde pela destruição da coisa, por exemplo, e a referência a esta perpassa todo o regime da posse. **O direito de autor, que não pressupõe uma coisa, não pode assim originar posse.**”¹⁷⁸

No mesmo sentido são os ensinamentos de JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES na condição de mestre, que asseverou que *as criações de espírito (que dão origem, inclusive, ao direito autoral) em si mesmas não podem ser objeto de posse.*¹⁷⁹

A professora SYLMARA JUNY DE ABREU CHINELLATO, em sua recente obra que lhe concedeu a titularidade na Universidade de São Paulo, é bastante clara ao afastar a usucapião no que tange o direito de autor, eis que *o usurpador não poderá invocar ‘usucapião’ de autoria, pois como direito da personalidade, é inalienável, incessível, imprescritível.*

Em abono a sua tese a autora sustenta ainda que a propriedade é exercida tão-somente quanto a bens materiais, corpóreos e que por isso a usucapião não pode ser aplicada aos direitos de autor, mas apenas ao suporte físico da obra.

¹⁷⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 127, destacou-se.

¹⁷⁹ ALVES, José Carlos Moreira. *Posse - Estudo Dogmático*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 23.

PONTES DE MIRANDA¹⁸⁰, por sua vez, diz ser incabível a derrelicção dos direitos reais incorpóreos, nele compreendido o direito autoral. Ressalta o mestre que há no direito de autor tão-somente o direito de renúncia e o direito de cessão e sendo o objeto do direito autoral um bem incorpóreo não se pode seguir a aquisição após a renúncia, concluindo que *não há usucapião de propriedade intelectual*.

No entanto, em que pese a salutar doutrina supracitada, restringir a propriedade aos bens materiais não se sustenta, pois a propriedade abrange também os direitos reais e bens incorpóreos. Nada obstante, resta-nos concluir pelo afastamento da usucapião na seara dos Direitos Autorais, cujas rédeas das criações não fogem do criador em hipótese alguma e os direitos que dali emanam são imprescritíveis.

VI.G.2) USUCAPIÃO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Como visto no item precedente, impossível a usucapião diante dos direitos de autor. Já com relação à propriedade industrial o tratamento é diverso.

FRANCESCO CARNELUTTI¹⁸¹, um dos precursores do tema, admite a usucapião da patente com reservas, na medida em que presente sempre o Direito de Autor na invenção.

DENIS BORGES BARBOSA, especialista neste ramo do Direito, é entusiasta da usucapião de patentes. O autor é sábio ao salientar que, com a usucapião, não se adquire a patente em caráter absoluto, mas sim o uso da tecnologia ali presente. O autor, em abono a sua tese, faz uma comparação à usucapião do direito de utilização da linha telefônica ao mencionar que o *usuário do telefone não adquire a concessão, ao usucapir seu direito de uso, nem o usuário da tecnologia adquire a patente*.¹⁸²

¹⁸⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, § 1852.

¹⁸¹ CARNELUTTI, Francesco. *Usucapión de la propiedad industrial*. Cidade do México: Porrua, 1945, p. 89.

¹⁸² BARBOSA, Denis Borges. *Usucapião de Patentes e Outros Estudos de Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2006, p. 247.

Observa ainda referido autor que nossos tribunais têm concedido a *proteção possessória dos direitos de propriedade industrial, não só em favor do proprietário, mas também do licenciado*¹⁸³ (p. e. RT 480/87), concluindo ao final pela possibilidade da posse *ad usucapionem* quando envolvida a propriedade industrial.

Diz DENIS BORGES BARBOSA que *as mesmas razões que levam a nossa jurisprudência a admitir a posse ad interdicta no caso dos direito de propriedade industrial induzem-nos a aceitar a posse ad usucapionem do direito ao uso em face do titular da patente.*¹⁸⁴

A corroborar o pensamento acima reproduzido, podemos citar por todas a seguinte decisão que é bastante elucidativa a respeito da viabilidade de se proteger a patente através de ações possessórias:

“CIVIL - INTERDITO PROIBITORIO - PATENTE DE INVENÇÃO DEVIDAMENTE REGISTRADA - DIREITO DE PROPRIEDADE.

I - a doutrina e a jurisprudência assentaram entendimento segundo o qual a proteção do direito de propriedades, decorrente de patente industrial, portanto, bem imaterial, no nosso direito, pode ser exercida através das ações possessórias.

II - o prejudicado, em casos tais, dispõe de outras ações para coibir e ressarcir-se dos prejuízos resultantes de contrafação de patente de invenção. Mas tendo o interdito proibitório índole, eminentemente, preventiva, inequivocamente, e ele meio processual mais eficaz para fazer cessar, de pronto, a violação daquele direito.

III - recurso não conhecido.”¹⁸⁵

Não há, pois, óbice algum para afastar a propriedade industrial dos meios de aquisição originários, mormente quando se tem em mente que os direitos de propriedade industrial são considerados bens móveis, segundo prescreve o art. 5º, da Lei n.º 9.279/96.

¹⁸³ Idem, ibidem.

¹⁸⁴ Idem, p. 248.

¹⁸⁵ STJ, RESP 7196, rel. Min. WALDEMAR ZVEITER, 3ª Turma, DJ 05.08.91, destacou-se.

E mais, o art. 5º, XXIX, da CF, bem como o art. 6º da lei retro citada conferem ao autor da invenção o *status* de proprietário, sendo, portanto, perfeitamente cabível a aquisição *ad usucapionem* desta propriedade.

PONTES DE MIRANDA, não obstante ser enfático ao não admitir a usucapião da propriedade intelectual, admite a posse da invenção:

“a chamada posse da invenção, *Erfindungsbesitz*, apenas consiste na prática de atos que entram no suporte fático do ato-fato da invenção, portanto na situação fática de que *ainda* não tem o direito da propriedade industrial. Não há óbices a tal concepção, como não os há acerca da posse do bem imóvel ou móvel ainda não usucapido, ou adquirido com reserva de domínio.”¹⁸⁶

Tal posicionamento estava calcado na jurisprudência de nossos Tribunais, aqui representados pela mais alta Corte:

“a proteção possessória para os direitos autorais, sob o fundamento de que o conceito de posse abrangia tanto as coisas corpóreas, como as incorpóreas, referindo-se, expressamente, dentre estas, as invenções industriais sobre os quais tem o inventor e seus concessionários, um direito.”¹⁸⁷

E, especificamente ao bem industrial incorpóreo, PONTES DE MIRANDA admite incidir a posse sobre a patente:

“O bem industrial, bem incorpóreo, como o bem intelectual, é suscetível de posse. As pretensões e ações possessórias podem ser exercidas. Tais ações somente nascem com a patenteação.”¹⁸⁸

Em sentido oposto, ARRUDA ALVIM¹⁸⁹ é contra a usucapião da propriedade industrial. Para referido autor a propriedade industrial cuida de bens e não de coisas, e por este motivo são insuscetíveis da usucapião.

¹⁸⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, § 1963.

¹⁸⁷ STF, RE 14.144, rel. Min. RIBEIRO DA COSTA, j. em 20.06.49.

¹⁸⁸ Idem, § 2074.

¹⁸⁹ Cf. ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Direito Civil. Usucapião de bem imaterial*. In Revista Autônoma de Direito Privado 3/353, pp. 353-376.

No entanto, como o próprio autor acima mencionado pondera, o Código Civil é bastante impreciso a essas terminologias, ora adotando coisa como bem e vice-versa. Desta maneira, é, portanto, incabível esta distinção com base no diploma referendado.

Inegável ainda que os bens móveis (art. 82 e seguintes do Código Civil) também socorre a usucapião, não obstante a usucapião refira-se apenas à coisa móvel. Lembre-se que, conforme visto nos itens precedentes, bens são espécies do gênero coisa.

Não há, pois, que se vedar a usucapião da propriedade industrial, sejam elas coisas corpóreas ou incorpóreas, mormente quando a própria legislação equipara-os aos bens móveis.

O monografista BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO admite recair a usucapião sobre a propriedade industrial, restando seu pensamento expresso na seguinte passagem:

“não deve existir, todavia, impedimento para se usucapir o direito de uso de marca industrial ou nome comercial, não esgotando a Lei nº 5.772/71, forma aquisitiva outra, como no caso de prescrição. Há interesse econômico, estando prevista hipótese de usucapião de direito real sobre bem móvel.”¹⁹⁰

A jurisprudência italiana é também favorável à usucapião de nome comercial:

“O direito do empreendedor sobre a empresa, que, dinamicamente se traduz no poder de uso exclusivo da denominação distintiva nos moldes do art. 2563 c.c. pode formar objeto de aquisição por usucapião, por isso esse instituto geral se coordena sem incompatibilidade com a natureza de direito real sobre bens não materiais comumente atribuído ao direito mesmo.”¹⁹¹

E ainda favorável no que diz respeito à marca:

¹⁹⁰ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 370.

¹⁹¹ Tradução livre do original: “Il diritto dell'imprenditore sulla ditta, che, dinamicamente si traduce nel potere di uso esclusivo della denominazione distintiva ai sensi dell'art. 2563 c.c. può formare oggetto di acquisto per usucapione, poiché questo istituto generale si coordina senza incompatibilità con la natura di diritto reale su bene immateriale comunemente attribuito al diritto stesso.” (Cass. Civ., 22.12.78, n 6150, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 321; più risalente App. Napoli, 25.2.50, in *Fero it.*, 1950, 957; *Monit. Trib.*, 293).

“O titular de uma empresa ou marca pode exercitar a ação de inibição contra aquela que usou em seguida igual empresa ou marca, sem limite de prescrição, mas até que outros não tenham usucapido.”¹⁹²

Ainda no mesmo sentido:

“O direito do empresário sobre a empresa ou sobre a marca pode formar objeto de aquisição por usucapião no concurso da dúplice condição que se é instaurado um uso a título de posse por usucapião da parte de outro participante da empresa e não quando o titular originário se vê limitado a tolerar a usucapião de outros, mesmo continuando no próprio uso legítimo.”¹⁹³

No entanto, podemos encontrar com certa facilidade julgados italianos em sentido contrário que diz não poder admitir a prescrição aquisitiva em matéria de marcas.¹⁹⁴

Da mesma forma, aqui no Brasil, a tese de se usucapir marca tem sido objeto de controvérsia perante nossos tribunais que não chegaram ainda a um consenso. Pela inadmissibilidade cite-se:

“Propriedade industrial. Indeferimento de solicitação de registro da marca royal, em face da existência de marca idêntica, anteriormente registrada. Art. 65, item 17, do CPI. Usucapião de marca. Apropriação de marca abandonada. A identidade entre a marca que se pretende registrar e aquelas objeto de registros anteriores, bem como a inegável afinidade mercadológica entre os produtos pelas mesmas assinalados, capaz de induzir o consumidor em erro ou confusão quanto a origem do artigo que adquire, impedem o pretendido registro, de acordo com o disposto no art. 65, item 17, do CPI. De outro lado, o direito positivo brasileiro não contempla o usucapião como forma de aquisição da propriedade industrial. Por fim, a apropriação de marca abandonada só é possível se a mesma satisfizer os requisitos de registrabilidade, eis que a

¹⁹² Tradução livre do original: “Il titolare di una ditta od insegna può esercitare l’azione d’inibizione nel confronti di ocluí che aveva usato sucecessivamente uguale ditta od insegna, senza limiti di prescrizione, ma sino a che altri non abbia usucapito.” (App. Venezia, 25.7.61, in *Giust civ.*, 1962, I, 169).

¹⁹³ Tradução livre do original: “Il diritto dell’impreditore sulla ditta o sul marchio puo formare oggetto di acquisto per usucapione nel concorso della dúplice condizione che si sai instaurato um uso a titolo di possesso ad usucapionem da parte di altro esercente la ditta e non zache quando il titolare originário si sai limitato a tollerare l’usurpazione altrui pur continuando nel próprio uso legítimo.” (Trib. Napoli, 4.4.86, in *Giur. dir. ind.*, 1986, 434).

¹⁹⁴ Trib. Firenze, 16.12.55, in *Riv. dir. ind.*, 1958, II, 33: “Non pub ammerteresi prescrizione acquisitive in material di marchi.”

aquisição da propriedade industrial no nosso direito se dá através do competente registro no INPI – Apelação desprovida.”¹⁹⁵

Pela admissibilidade de usucapir marca, podemos citar o seguinte julgado, cuja ementa segue abaixo transcrita:

“Possessória – Interdito proibitório – Bem incorpóreo – Posse de marca comercial e símbolos que a acompanham – Confecções com marca e etiqueta de mesmo nome – Anterioridade do uso e posse por uma delas comprovada – Registro, contudo, somente efetivado após longa tramitação no âmbito administrativo – Irrelevância – Proteção possessória deferida.”¹⁹⁶

Apesar desta aparente discordância jurisprudencial, a doutrina moderna tende a admitir a usucapião de marcas e patentes, da qual me afilio.

A reforçar esta posição lembremos que tais bens incorpóreos – marcas e patentes -, já estão sendo incorporados, inclusive, como ativos permanentes nos balanços comerciais das empresas, nos termos do art. 179, IV, da Lei 6.404/76, pelo substancial valor econômico presente, cujo método de avaliação monetária está sendo a grande questão presente nas discussões da área contábil.

VI.H) USUCAPIÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

Questão antiga refere-se à subsunção da energia elétrica ao conceito de coisa em sentido jurídico.

No passado, prevalecia a tese segundo a qual a energia não podia ser considerada coisa em seu aspecto jurídico: seria uma *res communes omnium*, por ser extraída da natureza, e que, portanto, não poderia ser considerada tecnicamente um bem.

¹⁹⁵ TFR, ApCív 00112461-RJ, 4ª T., DJU 18.12.86.

¹⁹⁶ RT 626/45.

Esse entendimento restou superado pela doutrina superveniente de CARNELUTTI¹⁹⁷, que sustentava opinião pela consideração de energia como coisa.

Em 1931, o Código penal italiano, em seu art. 624, referendou a doutrina supracitada englobando a energia elétrica ao conceito de coisa.¹⁹⁸

No Brasil, tem prevalecido o entendimento de que a energia é um bem, tanto é assim que se responde criminalmente por seu furto (art. 155, § 3º, do Código Penal).¹⁹⁹

Não obstante a energia elétrica ser atividade precipuamente estatal e estar sob ambiente regulado, a Lei 10.848/04, que institui o Novo Modelo do Setor Elétrico, previu hipóteses em que os contratos são livremente negociados. Coexistem, portanto, o Ambiente de Contratação Regulada (ACR) e o Ambiente de Contratação Livre (ACL), no atual regime misto de contratação de energia elétrica.

Pois bem. Atualmente, fogem da usucapião todos os contratos celebrados com as distribuidoras, por estarem inseridas no Ambiente de Contratação regulada.

Com efeito, a energia elétrica, tais como as ondas eletromagnéticas (como, por exemplo, a faixa de frequência de emissoras), comportam a mesma situação jurídica: são partes integrantes da complexa rede de serviços prestados pela concessionária, que não estão sujeitas à usucapião.

A jurisprudência italiana é bastante clara ao mencionar que o particular não tem o direito de reivindicar a posse de tal frequência de emissora:

“As ondas eletromagnéticas utilizadas como veículo, sobre uma determinada banda de frequência, das imagens e sons produzidos por uma emissora, não

¹⁹⁷ CARNELUTTI, Francesco *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*. In: *Riv. Dir. comm.* 1913, pp. 355 e ss.

¹⁹⁸ No original: “agli effetti della legge penale, si considera come cosa móbile anche l’energie elettrica e ogni altra energia che abbia un valore economico”

¹⁹⁹ Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

podem formar objeto de direito e posse separadamente e independentemente do complexo dos aparelhos da empresa televisiva emissora, em cujo âmbito da posse entram; nem consente que o proprietário de um aparelho televisivo que se sinta prejudicado por interferências no recebimento dos programas transmitidos por uma emissora televisiva, provocada pela ocupação da parte de outra estação emissora da banda de frequência sempre utilizada pela primeira emissora, não pode reclamar a tutela possessória das ondas mencionadas, sobre as quais não há nenhum poder de fato, correspondente aquela de um direito real, entretanto sendo legitimada somente a empresa de difusão dos programas radiotelevisivos que reclame o apoio ou a turbulência da parte da outra emissora.”²⁰⁰

Em se tratando de ambiente regulado, não se tem a posse nem da corrente elétrica nem sequer a posse da fiação, que, diga-se, são bens públicos. Tampouco, poderia se cogitar a usucapião da energia já fornecida, eis que adstrita à prescrição da cobrança pelo serviço prestado.

Em suma: não se pode eternizar uma corrente elétrica sob o manto da usucapião, eis que pertencente às concessionárias:

“Relativamente, porém, à corrente elétrica que está ainda nos cabos metálicos da agravada [concessionária], que esta deve ainda fornecer aos seus consumidores, me parece que é desconhecer inteiramente a teoria legal da posse e violentar a própria evidência do sentido o afirmar, como fazem os agravantes, que estes têm a posse da corrente motora, ainda quando se encontra nos fios adutores da Empresa.”²⁰¹

A relação de fornecimento de energia elétrica pelas distribuidoras é pessoal e, portanto, insuscetível de usucapião. Nesse sentido, a jurisprudência se manifestou:

²⁰⁰ Tradução livre do original: “Le onde elettromagnetiche utilizzate come veicolo, su una determinate banda di frequenza, delle immagini e suoni prodotti da una emittente, non possono formare oggetto di diritti e di possesso separatamente ed indipendentemente dal complesso degli impianti e delle attrezzature dell’azienda televisiva emittente, nel cui âmbito di possesso rientrano; ne consegue Che il proprietario di un apparecchio televisivo Che si titenga danneggiato da interferenze nella ricezione dei programmi irradiati da una emittente televisiva, provocate dall’occupazione da parte di altra stazione emittente della banda di frequenza da sempre utilizzata dalla prima emittente, non può invocare la tutela possessoria delle onde predette, sulla quale non há alcun potere di fatto, corrispondente a quella di un diritto reale, atanto essendo legittimata soltanto l’azienda di diffusione dei programmi radiotelevisivi Che lamenti lo spoglio o la turbativa da parte dell’altra emittente.” (cass. Civ. 28.4.93,n.4999, in Mass. Giust. Civ.,1993,773).

²⁰¹ RF 47/291.

“Deste modo não se concebe a relação de dominação entre o proprietário da fazenda e a corrente elétrica. Era o mesmo que pretender alguém garantir-se contra o padeiro que ameaçasse de suspender o fornecimento do pão (...). No caso, poderia haver uma relação pessoal, resultante de um contrato entre o dono da fazenda e a companhia de força e luz. Se esta violasse a convenção causando prejuízos aos proprietários do imóvel, poderiam eles usar da ação de indenização.”²⁰²

Nossa análise fica, portanto, restrita ao Ambiente de Contratação Livre. Nesse ambiente de contratação predomina o contrato por quantidade. Neste contrato típico é que se poderia cogitar a usucapião.

Assim, para haver a usucapião, temos que analisar se existe a posse e o momento em que ela se verifica.

Vejamos: antes do fornecimento, não há que se cogitar a ação de usucapião, eis que inexistente a posse, segundo JOÃO BAPTISTA MONTEIRO nos alerta:

“Quando uma pessoa, física ou jurídica, se obriga a fornecer a outra, energia por um determinado preço, a relação que se estabelece entre elas é de natureza obrigacional, *ex contractu*. Não existe, por parte do consumidor ou utente, qualquer *ius possessionis* ou *ius possidendi* à energia objeto do contrato. Assim, se o fornecedor se exime de fornecer, pratica um ilícito contratual, que não dá lugar às ações possessórias. A recusa de fornecimento não pode ser considerada esbulho, porque ainda não havia a posse; eventual ação é de natureza pessoal, de indenização resultante do inadimplemento e dos danos derivados e para a exigência do cumprimento.”²⁰³

Com efeito, não se nega que a energia elétrica é objeto de transações comerciais e, portanto, perfeitamente adequada ao conceito de posse de RUDOLF VON IHERING adotado pelo nosso Código Civil, cujo caráter econômico é imprescindível para sua configuração.

Contudo, em se tratando de energia elétrica, o contrato de compra e venda deve, obrigatoriamente, ser registrado para sua existência. Neste caso, o registro não se trata de meio

²⁰² RT 55/259.

²⁰³ MONTEIRO, João Baptista. *Ação de Reintegração de Posse*. 1ª ed. São Paulo: RT, 1987, p. 136.

de publicidade dos atos, mas de requisito indispensável para sua existência, nos termos do art. 2º, inc. III do Decreto 5.163/04, *verbis*:

“Art. 2º Na comercialização de energia elétrica de que trata este Decreto deverão ser obedecidas, dentre outras, as seguintes condições:

(...)

III - os consumidores não supridos integralmente em condições reguladas pelos agentes de distribuição e agentes vendedores deverão, a partir de 1º de janeiro de 2005, garantir o atendimento a cem por cento de suas cargas, em termos de energia e potência, por intermédio de geração própria ou de contratos registrados na CCEE e, quando for o caso, aprovados, homologados ou registrados na ANEEL.”

Assim sendo, não obstante o caráter privado das negociações, o Poder Público impôs o ônus para os consumidores de informar a quantidade de energia a ser consumida *a priori*.²⁰⁴ Desta forma, o legislador estipulou a seguinte regra: toda energia consumida pressupõe uma relação contratual.

Dentro desta sistemática, eventuais sobras de energia elétrica serão liquidadas por meio de uma instituição específica: a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE (art. 58, do Decreto 5.163/04).²⁰⁵

Assim, ainda que haja circulação econômica do bem, não há, em face da peculiaridade do setor elétrico, a disponibilidade econômica do bem, que possa gerar a usucapião.

A única hipótese em que podemos suscitar a usucapião de energia elétrica seria com o seu acondicionamento, tal como os gases. Só dessa forma é que haverá atos da posse em se tratando de energia elétrica, que ARRUDA ALVIM, com pena de magistrado, assim ponderou:

²⁰⁴ Há casos em que essa informação se verifica *a posteriori*, em mecanismos de ajustes.

²⁰⁵ Art. 58. *O processo de contabilização e liquidação de energia elétrica, realizado segundo as regras e os procedimentos de comercialização da CCEE, identificará as quantidades comercializadas no mercado e as liquidadas ao PLD.*

“Atinente ao problema particular, já referido, respeitadamente à possibilidade de posse referentemente ao uso do gás, energia elétrica etc., torna-se possível o uso de ações possessórias somente se tais modalidades de energia são fruídas a título de propriedade, sobre as mesmas.”²⁰⁶

Todavia, uma vez condicionada, haverá a usucapião do próprio suporte físico, restando inócuo falar-se em usucapião do conteúdo.

Ante a peculiaridade do setor elétrico, não obstante a energia elétrica ser considerada bem, não existe a possibilidade de usucapi-la de boa-fé, por ser a circulação econômica do bem regulada, não havendo espaço para se verificar a disponibilidade deste bem.

Afastada a usucapião ordinária, creio ser possível a usucapião extraordinária de energia elétrica em uma única hipótese: no caso de furto de energia.²⁰⁷ Ocorre, todavia, que tal hipótese é remota factualmente. Isto porque os consumidores residenciais estão dentro de um ambiente regulado, pois atendidos pelas concessionárias, não se lhes aplicando a usucapião, portanto; e os grandes consumidores dificilmente conseguem tal proeza, eis que atendidos em alta tensão e o desvio de grande volume de energia, além de tecnicamente complexo e improvável, seria facilmente capturado.

Assim, por todo o exposto, incabível falar-se em usucapião ordinária de energia elétrica e, em se tratando de usucapião extraordinária, apesar da possibilidade em tese, resta seu uso mitigado factualmente.

VII) USUCAPIÃO DE BENS VIRTUAIS (DOMÍNIO, CORREIO ELETRÔNICO E PROGRAMAS DE COMPUTADOR)

Bens virtuais são bens incorpóreos que nasceram com o advento da informática, pois o computador é o suporte físico para a sua existência, embora dele se distinga.

²⁰⁶ RT 546/117.

²⁰⁷ Cf. precedente do STJ amplamente noticiado: carro roubado é suscetível de usucapião (REsp 99721).

Embora existam diversos bens virtuais, no presente estudo analisaremos o domínio, o correio eletrônico e os programas de computador, que são os mais cobiçados e, portanto, alvo de disputas.

Domínio é o espaço virtual que determinado usuário detém na *internet* acessando o respectivo endereço eletrônico por ele registrado. Correio eletrônico (*e-mail*) é o serviço prestado através da *internet* pelo qual o usuário envia e recebe mensagens. Programa de computador (*software*) é *a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados* (art. 1º da Lei 9.609/98).

Por se tratar de matéria relativamente nova, a doutrina abalizada é ainda bastante escassa, restando a controvérsia presente apenas em artigos de jovens escritores.

Com relação ao domínio de *internet* há quem defenda estar sujeito à usucapião por se tratar de bens móveis e incorpóreos e, portanto, ínsitos ao direito de propriedade.²⁰⁸ No entanto, é preciso que se estabeleça a diferença entre o nome de domínio e o domínio em si, compreendido pelo conteúdo do espaço virtual.

Creio que o conteúdo do espaço virtual não possa ser objeto da usucapião por se tratar de criação intelectual abarcada pelo Direito de Autor, que, como visto, escapa da usucapião.

Já com relação ao nome de domínio, este pode ser adquirido por usucapião. O nome de domínio em tudo se assemelha à marca: cuida-se de sinal distintivo pelo qual o usuário é identificado. Assim, pelas mesmas razões já expostas no tocante à marca, o nome de domínio se sujeita à prescrição aquisitiva.

²⁰⁸ Cf. BRANT, Cássio Augusto Barros. *Usucapião no espaço virtual*. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3537/Usucapiao-no-espaco-virtual>. Acesso em 30.06.09.

Tal qual o nome de domínio, o correio eletrônico é passível de ser usucapido, claro que com a devida parcimônia e analisando cada caso em concreto.

Frise-se que, como destacado no item que trata da usucapião de linhas telefônicas, a usucapião do nome de domínio e do endereço eletrônico não se verifica em face da prestadora do serviço, mas tão-somente em face do usuário-proprietário desidioso.

Já no programa de computador temos outro tratamento. Embora me veja como um entusiasta da possibilidade de se usucapir bem incorpóreo, nem todos os bens incorpóreos estão dentro de um mesmo regramento que possibilite um tratamento uniforme.

O programa de computador, por sua natureza, está inserto no ramo da Propriedade Intelectual, conforme o art. 2º da Lei 9.609/98.²⁰⁹ Com efeito, trata-se de obra intelectual e por esse motivo escapa à usucapião, que não alcança os direitos personalíssimos do autor da obra.

Por tal motivo discordamos do pensamento de SÍLVIO DE SALVO VENOSA, que admite a proteção possessória para transferência de dados, que é o caso de *download* de *software*:

“Em idêntica situação, colocam-se outras modalidades de uso de energia como as televisões a cabo, transmissão de dados à distância, por exemplo. A proteção possessória nunca há de ser deferida contra o concedente do serviço, mas contra aqueles que turbam a utilização da linha telefônica, da televisão a cabo, dos dados transmitidos à distância etc. O direito não pode ignorar as novas manifestações tecnológicas da era da informática. Desse modo, volta-se com nova roupagem ao mesmo tema que origina a proteção possessória: a posse é meio de defesa protetivo do poder físico e da utilização econômica da coisa”.²¹⁰

²⁰⁹ “Art. 2º O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei.”

²¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direitos Reais*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 46.

Os autores ÁLVARO BORGES DE OLIVEIRA e EMANUELA CRISTINA ANDRADE LACERDA²¹¹ compartilham de nossa opinião, embora ressaltem a possibilidade da usucapião do direito real de uso de programa de computador, baseando-se no entendimento sumulado sobre linhas telefônicas.

Neste aspecto, referidos autores têm razão. Existe a possibilidade de se usucapir o uso de programa de computador quando a desídia escapa ao autor e se verifica entre os usuários. É plenamente aceitável a hipótese em que a licença de uso tenha sido usucapida pelo uso constante de terceiro não-adquirente.

VI.J) USUCAPIÃO DE CARGO PÚBLICO

A questão da possibilidade de usucapir cargo público ganhou relevo com a mudança nos critérios para ingresso nos serviços notariais, com o advento da Constituição de 1988.

Anteriormente à Constituição de 1988, os tabelionatos eram administrados por particulares e a transferência de comando era realizada mediante compra e venda ou por hereditariedade.

Com o advento da vigente Constituição, o serviço notarial passou a ser exercido exclusivamente por delegação do Poder Público mediante concurso, nos termos do art. 236 e § 3º, da CF:

“Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

(...)

§ 3º - O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.”

²¹¹ OLIVEIRA, Álvaro Borges de e LACERDA, Emanuela Cristina Andrade. *A usucapião de direito real de uso de programa de computador*. Florianópolis: OAB/SC, 2008, pp. 9-73.

Entretanto, a regulamentação do ingresso na atividade notarial e de registro tardou por vir, ocorrendo somente em 1994 com a promulgação da Lei 8.935. Nesse interregno, diversos cartórios foram assumidos por particulares sem fazer o necessário concurso público previsto constitucionalmente.

Posteriormente, em 2009, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou a Resolução nº 80, de 09 de junho de 2009, declarando a vacância dos serviços notariais e de registro ocupados em desacordo com as normas constitucionais pertinentes à matéria.

Com essa medida, o CNJ provocou a saída estimada de 5.000 titulares de cartório²¹², instaurando-se verdadeira batalha jurídica, sendo aventadas diversas medidas judiciais, dentre elas a usucapião.

Antes de mais nada, vejamos o conceito de cargo público, segundo lição do administrativista MARÇAL JUSTEN FILHO:

“é uma posição jurídica, utilização como instrumento de organização da estrutura administrativa, criada e disciplinada por lei, sujeito a regime de direito público peculiar, caracterizado por mutabilidade por determinação unilateral do Estado e por certas garantias em prol do titular”.²¹³

O termo *posição jurídica* empregado pelo autor, segundo ele trata-se de um *conjunto de direito, deveres e competências conjugados de modo organizado e inter-relacionados*.

Ou seja, a investidura do cargo público pressupõe uma gama de direitos e obrigações que ao particular lhe é concedida. Não se trata o cargo público, pois, de um bem ou um direito passível de lhe recair a usucapião. Tampouco, existe respaldo constitucional ou legal para tanto.

²¹² Cf. matéria veiculada na Folha de São Paulo de 10.06.09, por FLÁVIO FERREIRA e ANA FLOR.

²¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 735.

Em outras palavras, inexistente em nosso ordenamento jurídico a possibilidade de se tornar estável o delegado.

Nesse sentido podemos citar precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em que o até então responsável pelo 3º Tabelionato de Notas da Comarca de Caxias do Sul impetrou mandado de segurança para se manter no cargo devido à alteração constitucional supracitada seguida das normas de ingresso no cartórios, tendo sido denegada a segurança nos seguintes termos proferidos pelo Desembargados ARAKEN DE ASSIS:

“A tese jurídica sustentada pelo impetrante não prospera. Em síntese, pretende usucapir a delegação do 3º Tabelionato de Notas da Comarca de Caxias do Sul. De fato, somente se pode rotular de usucapião a alegação de que o transcurso de tempo sem provimento da vaga gerou direito à titularidade. Não há, no direito pátrio, como usucapir cargo público (ou delegação) pelo simples decurso do tempo e o natural animus de continuar percebendo a renda do cartório”²¹⁴

O tratamento constitucional correto para preenchimento de vagas em serviço notarial dá-se mediante a realização de concurso público, vedada qualquer outra forma de ingresso.

Aliás, são inúmeros os precedentes que atestam que a titularidade do serviço notarial, ainda que a vacância tenha ocorrido após a vigência da atual Constituição, depende da realização de concurso público para fins específicos de delegação, inexistindo direito adquirido ao que dispunha o artigo 208 da Constituição Federal de 1967.²¹⁵

Nesse diapasão, podemos citar a seguinte ementa que bem ilustra a posição do Supremo Tribunal Federal:

“Cartório de notas. Depende da realização de concurso público de provas e títulos a investidura na titularidade de Serventia cuja vaga tenha ocorrido após a promulgação da Constituição de 1988 (art. 236, par. 3.) não se configurando direito adquirido ao provimento, por parte de quem haja preenchido, como

²¹⁴ TJRS, MS 70018171520, rel. Des. ARAKEN DE ASSIS, DJ 19.06.07.

²¹⁵ Cf. considerandas da Res. 80/09 do CNJ.

substituto, o tempo de serviço contemplado no art. 208, acrescentado, a Carta de 1967, pela Emenda n. 22, de 1982.”²¹⁶

Por tais motivos, a usucapião de cargo público é medida inviável que não encontra respaldo constitucional, tampouco legal.

²¹⁶ STF, RE 182641, rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, 1ª T., DJ 15.03.96. Ainda no mesmo sentido: RE 566314, rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática de 11.12.07, ADI 417-7, 363-1, dentre outros.

VII) CONCLUSÃO

A usucapião surgiu para emprestar juridicidade a uma situação precária visando a estabelecer segurança jurídica e proporcionar à propriedade usucapida uma finalidade útil, que ganhou relevo com o advento do Código Civil de 2002 com a chamada função social da propriedade.

Desde a antiguidade, os legisladores de diversos Estados vêm se preocupando em manter o instituto da usucapião presente e atualizado com as políticas e economias públicas, com a forte tendência de redução dos prazos para sua percepção, diante da crescente velocidade do aperfeiçoamento dos negócios jurídicos.

Além da redução do lapso temporal entre o início e a resolução do negócio jurídico, outros fatores também afetaram o conceito primário de usucapião. Antes se admitia tão-somente a usucapião de bens corpóreos devido à tradição romanística de propriedade. Com o passar dos tempos, ganhou espaço a tese pela admissão da usucapião sobre bens incorpóreos, com forte influência do Direito canônico e germânico. Passou-se, então, admitir a posse de direitos, sendo seu exemplo clássico a servidão que, diga-se, até hoje está presente em diversos ordenamentos jurídicos.

Nesse contexto, a tese de se recair a posse sobre direitos ganhou tamanho relevo que expoentes da doutrina passaram a estendê-la para os direitos pessoais. No entanto, a tese da posse de direitos pessoais não logrou êxito, eis que se tratava de meio artificioso para a defesa desses direitos que, posteriormente, ganharam meios mais eficazes para sua defesa, caindo em desuso a adoção de interditos proibitórios em se tratando de direitos pessoais.

A posse ficou, pois, restrita aos direitos reais e aos poucos vem se estendendo a diversos bens incorpóreos que vem surgindo ou mesmo àqueles bens corpóreos que vem se desmaterializando, com o abandono do respectivo suporte físico, como é o caso dos créditos.

Como pudemos denotar, o conceito de coisa que o nosso Código Civil se refere abrange tanto bens materiais como bens imateriais. Assim, admitida a posse de bens imateriais tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência é que defendemos a usucapião da propriedade imaterial.

Permeando diversos bens incorpóreos, pudemos observar que a posse sobre bens incorpóreos é facilmente percebida pelo uso econômico da coisa e através de atos exteriorizáveis de proprietário, ignorando-se a palpabilidade do bem.

Dentre diversos bens incorpóreos, analisou-se aqueles que têm maior valor econômico e, portanto, alvo de disputas possessórias. Foram examinados os seguintes bens imateriais: servidão; enfiteuse; direito real de uso; linhas telefônicas; ações; direito de autor; propriedade industrial; energia elétrica; bens virtuais, e cargo público.

Após a análise de tais bens, ficou assentada a possibilidade de usucapião de servidões, da enfiteuse, do direito real de uso, de linhas telefônicas, de ações, da propriedade industrial, da energia elétrica e dos bens virtuais, com o parêntesis de que é impossível a usucapião em face das concessionárias e/ou empresas que prestam serviços correlatos, por se tratar de relações jurídicas complexas que envolvem serviços públicos e contratos.

Embora polêmica a discussão sobre a possibilidade de usucapião de direitos, nunca se negou a incidência da usucapião sobre servidão, desde a antiguidade. Em Roma, era comum a usucapião de aquedutos e outras servidões de passagem.

Para a justificativa de sua aquisição pela posse, muitos autores igualavam-na aos bens materiais, dizendo tratar-se de uma quase-posse. No entanto, vimos que tal distinção não merece nossos aplausos, por abarcar a posse tantos bens materiais quanto imateriais.

No Brasil é inconteste a possibilidade de incidir a usucapião sobre servidões, eis que a matéria foi expressamente incorporada em nosso orbe jurídico (art. 1.379, CC).

Ao lado das servidões, analisamos a possibilidade de incidir a usucapião sobre outros direito reais. A enfiteuse, apesar de extinta na nova codificação cível, permanece viva em nosso mundo fático. Como sua incidência se dá em imóveis que pertencem à União, o instituto não alcança propriamente tais bens. A usucapião fica restrita, pois, ao direito real de enfiteuse, circunscrita entre particulares. No entanto, acreditamos que a usucapião da enfiteuse não pode mais ser alegada em face do Código Civil de 2002, que aboliu este instituto. Caso contrário, tornar-se-ia perpétua a enfiteuse em contrassenso aos princípios deste novo Código.

Face à extinção da enfiteuse, remanesce ao enfiteuta alegar a usucapião do direito real de uso de bem público. Tal como analisado, o direito real de uso é mais um dos direitos reais sujeitos à usucapião. Mais uma vez, frise-se, em se tratando de bens públicos inexistente usucapião. O direito real de uso, ainda que de bem público, é passível de usucapião no âmbito dos agentes privados.

Com relação aos direitos reais em garantia (penhor, anticrese, hipoteca), incabível falar-se em usucapião pela própria natureza dos atos: o bem gravado não pode ser usucapido pelo credor hipotecário, pignoratício ou anticrético pelo fato do contrato afastar a usucapião.

Saliente-se que, apesar de incabível a usucapião de direitos reais em garantia, pode haver a usucapião por terceiros dos bens dados em garantia, caso em que resolver-se-ão os respectivos contratos reais de garantia.

A questão a respeito da usucapião de linhas telefônicas, após intensos embates jurídicos, restou pacificada nos termos da súmula 193 do Superior Tribunal de Justiça, admitindo sua possibilidade. Lembre-se, todavia, que neste caso a usucapião opera em favor do novo usuário em face da linha telefônica, não afetando a concessionária sob qualquer prisma, que presta serviço público de caráter pessoal. Aqui, não se verifica a usucapião do serviço, mas simplesmente a usucapião do uso da linha telefônica.

A usucapião de ações que compõe uma sociedade também restou admitida, cuja tese é ancorada nos mais renomados juristas brasileiros. Sustentamos a possibilidade de se usucapir ações na medida em que admitida a usucapião sobre bens incorpóreos que não perderam sua essência com o afastamento de seu suporte físico. E mais, verificados atos de posse (percepção dos frutos, p.e.), ainda que ausente o *corpus*, deve ocorrer a usucapião em torno desses bens.

A propriedade intelectual também foi objeto de nosso estudo, que, didaticamente, subdividimos em direito de autor e direito industrial, por encontramos respostas díspares entre ambos. No direito de autor, excluiu-se a possibilidade de se incidir a usucapião, eis que se trata de direitos personalíssimos e imprescritíveis. No entanto, com relação à propriedade industrial, o mesmo caminho não foi traçado: restou assentada a possibilidade de usucapir a propriedade industrial, conforme vasta jurisprudência a respeito do tema.

Outro bem incorpóreo que mereceu nossa atenção foi a energia elétrica. A energia elétrica, tal como os gases, são bens que circulam comercialmente, portanto, estão adstritos à posse, ainda que ausente o suporte físico. No entanto, as centenas de *megawatts*²¹⁷ diariamente comercializadas têm sua circulação econômica regulada e depende de registro prévio. Assim, não obstante a energia elétrica ser bem suscetível de posse, não existe o bem disponível no mercado que ensejaria a usucapião: energia comercializada é energia consumida, segundo regras do próprio sistema. Embora, se se arguisse a usucapião extraordinária percebida através de furto, poderíamos sustentar sua aplicação, embora seja uma hipótese factualmente remota, haja vista as dificuldades técnicas e o fácil controle dos agentes não regulados.

Também foi, neste trabalho, ventilada a hipótese de usucapião de bens virtuais, tais como o domínio, o correio eletrônico e os programas de computador. Tanto o domínio quanto o correio eletrônico, via de regra, são fornecidos aos usuários mediante contrato com os provedores e, portanto, não são suscetíveis de usucapião. Questão, portanto, que remanesce

²¹⁷ Unidade de medida de energia.

é a admissibilidade de usucapião sobre os nomes de tais endereços virtuais. Tais quais as marcas, os endereços virtuais podem ser adquiridos por usucapião. O mesmo não ocorre com os programas de computador que são albergados pelo direito de autor e, portanto, não usucapíveis. Mas, lembre-se, pode haver a incidência da usucapião sobre a licença de uso do programa de computador por terceiro em face da desídia do usuário primitivo.

Por fim, analisamos a possibilidade de incidir o instituto da usucapião sobre cargos públicos, que, apesar de ventilada a hipótese por um ramo da sociedade, não há qualquer embasamento legal para tanto, sendo vedada esta hipótese.

Assim sendo, perfilando os diversos bens imateriais já suscitados, o presente trabalho buscou, através da história, doutrina e jurisprudência, formar uma releitura dos elementos estruturais constantes do tipo legal existente, rompendo paradigmas até então existentes, dentro de uma zona de conforto segura, sem afrontar a segurança jurídica almejada, para encaixar à hipótese de usucapião bens incorpóreos, que, apesar da ausência do *corpus*, são objetos de posse, eis que perceptíveis os atos de posse que deles emanam e que são claramente identificáveis e hábeis de se tornarem propriedade de sujeito determinável, porventura um usucapiente.

VIII) BIBLIOGRAFIA

ALFONSIN, Jacques Távora. *Usucapião: Moradia de Base Constitucional*. Rio de Janeiro: Instituto Apoio Jurídico Popular/FASE, 1991.

ALPA, Guido. *Compendio del Nuovo Diritto Privato*. Turim: UTET, 1985.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Usucapião de domínio útil*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil 13/341.

ALVES, José Carlos Moreira. *Posse - Estudo Dogmático*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____. *Posse - Evolução Histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Direito Civil. Usucapião de bem imaterial*. In: Revista Autônoma de Direito Privado 3/353.

_____. *Comentários ao código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, no prelo.

_____. *O Livro do Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Forense, no prelo.

ASCARELLI, Tullio. *Teoría de La concurrencia y de los bienes inmateriales*. Tradución de E. Verdera y L. Suárez-Llanos. Studia albornoitiana. Publicaciones Del Real Colegio de España em Bolonia. Barcelona: Bosch, 1970.

_____. *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*. São Paulo: Saraiva, 1943.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de Direito Civil, Teoria Geral das Obrigações*. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BALDEZ, Miguel Lanzellotti. *Conselhos Populares e Usucapião Especial Urbano*. Petrópolis: Centro de Defesa dos Direitos Humanos, 1991.

BARASSI, Luodovico. *I Diritti Reali nel Nuovo Codice Civile*. Milano: Giuffrè, 1943.

BARBOSA, Denis Borges. *Usucapião de Patentes e Outros Estudos de Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2006.

BARBOSA, Rui. *Posse de Direitos Pessoais*. Bauru, SP: Edipro, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro Bastos e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Coisas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951.

_____. *Projecto do Codigo Civil Brasileiro – Trabalhos da Comissão Especial da Camara dos Deputados*, Rio de Janeiro: Nacional, 1902.

BEZNOS, Clóvis. *Aspectos Jurídicos da Indenização na Desapropriação. Aspectos Jurídicos da Indenização na Desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BRANT, Cássio Augusto Barros. *Usucapião no espaço virtual*. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3537/Usucapiao-no-espaco-virtual>. Acesso em 30.06.09.

BRASIL. Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº 6.960, de 2002. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 20.10.2009.

CAMPOS, Antonio Macedo de. *Teoria e prática do usucapião*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

CARNELUTTI, Francesco. *Usucapion de la propiedad industrial*. Cidade do México: Porrua, 1945.

_____. *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*. In: *Riv. Dir. comm.* 1913.

CHAMOUN, Ebert Vianna. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, vol. 23, 1970.

_____. *Revista Jurídica do Tribunal de Justiça do Estado de Guanabara – Exposição de Motivos do Esboço do Anteprojeto do Código Civil*.

CEZAROTI, Guilherme. *ICMS no Comércio Eletrônico*. São Paulo: MP, 2005.

CHAVES, Antônio. *Tratado de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Parecer constante dos autos n.º 2002.215911, 8ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, fls. 3237/3259.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Função Social da Propriedade dos bens de produção*. In *Direito Empresarial: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Novos ensaios e pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português – Parte Geral*. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1984.

CORREIA, Alexandre e SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1953.

DABUS MALUF, Carlos Alberto, *O Direito de Propriedade e o Instituto do Usucapião*. In: *Novo Código Civil – Questões Controvertidas*. São Paulo: Método, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Usucapião Coletivo*. In: Rev. Inf. Legislativa n.º 115. Brasília, jul/set. 1992.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e da propriedade contemporânea uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Liminares nas ações possessórias*. São Paulo: RT, 1999.

FIORENTINO. *Dei Titoli di Credito*. Bologna: Zanichelli, 1974.

FIÚZA, Ricardo. *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

FOSCHINI, Marcello . *Usucapione di Titoli di Credito*. In: Riv. Dir. Comm., 1960.

GOMES, Elena de Carvalho. *Abuso de direito, Verwirkung e direitos das obrigações: reflexões a propósito de um estudo de caso*. In: CUNHA, Alexandre dos Santos (Coord.). *O direito de empresa e das obrigações e o novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001

_____. *Direitos Reais*. 19ª ed. atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Questões mais recentes de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 1988.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na Constituição Federal de 1.988*. São Paulo: Malheiros, 10ª edição, 2005.

GRECO, Marco Aurélio. *Internet e Direito*. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2000.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. *Propriedade e posse: uma leitura dos ancestrais institutos*. In: RTDC 14/79.

HUETOS, Antonio B. Perdices. *Clausulas Restritivas de la Transmisión de Acciones y Participaciones*. Madrid: Civitas, 1997.

IHERING, Rudolf von. *Teoria Simplificada da Posse*. Tradução da versão espanhola do original alemão por Ivo de Paula. São Paulo: Pillares, 2005.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. *A hipoteca frente ao usucapião*. In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual 13/51.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Usucapião de ações escriturais*. São Paulo: Singular, 2004.

LEITE, Armando Roberto Holanda. *Usucapião Ordinária e Usucapião Especial*. São Paulo: RT, 1983.

LEITE, Rita de Cássia Curvo. *Usucapião de linha telefônica (arts. 619 e 745 do CC)*. In: RP 57/220.

LIMA, Graziela Fernanda Buscarin. *Evolução histórica da propriedade territorial no Brasil*. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2002.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *Pautas para a interpretação do art. 187 do novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2005.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971.

LOUREIRO, Francisco. *Usucapião individual e coletivo no Estatuto da cidade*. In: Revista Trimestral de Direito Civil n.º 9. Rio de Janeiro, 2002.

MARQUES, Azevedo. *A ação possessória no Código Civil brasileiro*. São Paulo: Jacinto Ribeiro, 1923.

MARTINS-COSTA, Judith e REALE, Miguel. *Da prescrição aquisitiva de ações escriturais*. In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais n.º 27. São Paulo, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. *A consagração legislativa de um caso de supressio*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2005.

MASCIA, Katia. *L'Usucapione. La casistica giurisprudenziale di acquisto della proprietà di beni mobili e immobili e di altri diritti reali attraverso il decorso del tempo*. Matelica: Halley, 2007.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Novos Aspectos da Função Social da Propriedade no Direito Público*. In RDP 84/39.

MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, José Gustavo Souza. *Suppressio*. In: Revista de Informação Legislativa n.º 153, Brasília, 2002.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

_____. *Comentários à Constituição Federal de 1.946*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963.

MONTEIRO, João Baptista. *Ação de Reintegração de Posse*. 1ª ed. São Paulo: RT, 1987.

MONTEIRO, Washington de Barros e MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de Direito Civil, v. 3: Direito das Coisas*. 39ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MUKAI, Toshio. *O estatuto da cidade: Lei 10257 de 10.07.2001*. In: Revista de Direito Administrativo n.º 225, Rio de Janeiro, 2001.

NASCIMENTO, João Paulo Capella. *A Natureza Jurídica do Direito sobre os Bens Imateriais*. In: Revista da ABPI n.º 28. São Paulo, 1997.

NEQUETE, Lenine. *Da Prescrição Aquisitiva (Usucapião)*. Rio de Janeiro: Sulina, 1954.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2006.

NUNES, Pedro dos Reis. *Do usucapião: teoria, ação, prática processual, formulário, legislação, jurisprudência*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953.

NUNES, Pedro. *Do usucapião*, 3ª ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro: 1964.

OLIVEIRA, Álvaro Borges de e LACERDA, Emanuela Cristina Andrade. *A usucapião de direito real de uso de programa de computador*. Florianópolis: OAB/SC, 2008.

OLIVEIRA, Álvaro Borges de. *Usucapião de programa de computador*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 02.07.09.

OLIVEIRA, Antonio de Almeida. *A Prescrição em Direito Comercial e Civil*, 1ª ed., Typ. A. Vapor de Farias & Cia. Succs., Maranhão, 1896.

OLIVEIRA, Francisco Cardoso. *Hermenêutica e Tutela da Posse e da Propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Comentários ao estatuto da cidade*. São Paulo: RT, 2002.

ORIONE NETO, Luiz. *Posse e usucapião*. São Paulo: Lejus, 2002.

PÉLISSIER, Anne. *Possession et meubles incorporels*. Paris: Dalloz, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20ª edição atualizada por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*. Campinas: Russel, 2003.

PICARD, Edmond. *O direito puro*. 2ª Ed. Salvador: Livraria Progresso, 1954.

PINTO, Néelson Luiz. *Ação de usucapião*. São Paulo: RT, 1987.

PINTO, Néelson Luiz. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre usucapião*. São Paulo: RT, 1992.

PUGLIATTI, Salvatore. *Instituzioni di diritto civile*. Milano: Giuffrè, 1934.

REALE, Miguel. *Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil*, disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/70319/2/743415.pdf>. Acesso em 10.11.2009.

_____. *Prefácio do Novo Código Civil Brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2002.

_____. *Visão geral do projeto de Código Civil*. In RT 752/22.

REQUIÃO, Rubens, *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1993.

REZENDE, Astolfo de. *A posse e a sua proteção*. São Paulo: Saraiva, 1937.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Da posse e das acções possessórias*. Rio de Janeiro: H. Laemmert E C., 1883.

RIBEIRO, Alexandre Gianni Dutra. A usucapião de direito real de uso obtido por meio de cessão outorgada pela Administração Pública. Disponível em http://www.cidades.gov.br/secretarias-nacionais/programas-urbanos/biblioteca/regularizacao-funditaria/materiais-de-capacitacao/instrumentos-de-regularizacao-funditaria/usucapiao/usucapiao_cdru.pdf. Acesso em 15.09.2009.

- RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- RIPERT, George e ROBLOT, René. *Traité de droit commercial*. 15ª ed. Paris: LGDJ, 1996.
- ROCHA, Ibraim. *Usucapião especial urbano coletivo. Lei n. 10257 de 10.07.2001. Estatuto da cidade. Enfoque sobre as condições da ação e a tutela coletiva*. In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil n.º 15, Porto Alegre, 2002.
- SANTOS, Carlos Maximiliano dos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- SARTORIO, Montel. *Usucapione*. In: *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: UTET, 1974.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Traité de la Pessession en droit romain*. 7ª ed. Paris: Auguste Durand, 1866.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. *Iniciação da ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *Os direitos reais no novo Código Civil*. Emerj ed. especial julho/2002 a abril/2003, parte II.
- _____. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Posse e Usucapião: Direitos Reais I*. Rio de Janeiro: Aide, 1994.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direitos Reais*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- WALD, Arnoldo. *Ações escriturais - Contas conjuntas*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- _____. *Direito Civil: Direito das Coisas*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *O princípio fundamental da segurança jurídica*. In *Princípios constitucionais fundamentais – estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: LEX, 2005.
- _____. *O regime jurídico das ações escriturais. A Economia Brasileira e suas Perspectivas*, Rio de Janeiro: Apecão, 1981.

ZAGO, Livia Maria Armentano. *Uma leitura do estatuto da cidade*. In: Revista de Direito Administrativo n.º 225. Rio de Janeiro, 2001.

RESUMO

O presente estudo parte de uma inquietante indagação: um bem corpóreo que se livra de seu *corpus mechanicum* sem perder a sua essência, transforma-se em outro bem? Ou seja, um bem que é passivo de direitos e obrigações escapa ao ordenamento jurídico com sua desmaterialização? A partir desta resposta, é analisada a extensão do vocábulo coisa, sujeito passivo da usucapião, para saber se os bens incorpóreos se subsumem a este instituto.

Ultrapassadas tais questões, e após breve esboço histórico da usucapião, que nos mostra a evolução e o escopo do instituto, foram analisados diversos bens e direitos, todos intangíveis, que são os principais alvos de disputas judiciais, em virtude dos altos valores econômicos envolvidos e, pela mesma razão, são cogitados como passíveis de serem usucapidos. E, embora todos os bens e direitos analisados sejam imateriais, cada qual merece tratamento distinto por incidir legislação específica, motivo pelo qual não há conclusão geral nesta matéria.

Afinado com a tendência modernizadora da nova sociedade tecnológica, o presente estudo busca a confluência entre antigos institutos com a nova realidade fática, para se alcançar um resultado prático célere, sem, contudo, desvirtuar conceitos jurídicos enraizados em nosso sistema jurídico.

São novos fatos que surgem e devem subsumir às não tão novas normas positivadas, em virtude da pronta resposta que a sociedade espera, seja pela concretização da função social ou por outros princípios maiores, tais como a dignidade da pessoa humana, que a usucapião traz consigo.

Pois bem, a possibilidade da usucapião da propriedade imaterial deverá ser analisada em cada caso específico e, se admitida, trará ao nosso ordenamento a confluência entre a posse, a propriedade e a função social de ambas culminando na almejada segurança jurídica.

ABSTRACT

This study starts with a disquieting question: tangible goods that get rid of its *corpus mechanicum* without losing its essence becomes another goods? In another words, one that is subject to rights and obligations comes off the legal system with its dematerialization? From the answer of this question, the extension of the term thing, passive subject to adverse possession (“usucapio”), was analyzed in order to find out if intangible goods are subject to this institute.

Subsequent to these issues, and after a brief historical sketch of adverse possession, which shows the evolution and scope of the institute, different goods and rights were analyzed, all intangible, which are the main targets of litigation, because of the high economic values involved and because of the same reason, are pondered as subject to adverse possession. And, although all analyzed goods and rights are intangible, each of which deserves separate treatment because of its specific legislation, reason why there is no general conclusion on this matter.

In harmony with the modernizing tendency of the new technological society, this study seeks the confluence between old institutions with the new factual reality, in order to achieve a quick practical result, without, however, detract legal concepts rooted in our legal system.

New facts that arise and are subject to the not so new legal norms, because of the rapid response that society expects, in consequence of the social function or other major principles such as human dignity, which adverse possession brings along.

Well, the possibility of adverse possession of intangible goods should be examined in each specific case and, if admitted, will bring to our legal system the confluence between possession, ownership and the social function of both culminating in the desired legal certainty.