PATRÍCIA WALDMANN PADIN

ASPECTOS FUNDAMENTAIS DO USUCAPIÃO COLETIVO.

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR: PROFESSOR TITULAR CARLOS

ALBERTO DABUS MALUF.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2010

PATRÍCIA WALDMANN PADIN

ASPECTOS FUNDAMENTAIS DO USUCAPIÃO COLETIVO.

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO APRESENTADA AO DEPARTAMENTO DE DIREITO CIVIL DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, COMO REQUISITO PARCIAL PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE.
ORIENTADOR: PROFESSOR TITULAR CARLOS ALBERTO DABUS MALUF.

SÃO PAULO
2010

BANCA EXAMINADORA

_____

_____

_____

Dedico este trabalho a meu marido, Antonio Rodrigo Sant'Ana, cuja compreensão e paciência foram decisivas para que eu conseguisse completar esta jornada.

Agradeço aos meus pais, pelo eterno apoio e pelo ensinamento de que educação é tudo o que nos resta; ao Prof. Carlos Alberto Dabus Maluf, pela oportunidade e confiança depositada; à Luciana Stocco Betiol e à Carolina Paoli por todo o carinho e incentivo essenciais nesta fase da vida.

ASPECTOS FUNDAMENTAIS DO USUCAPIÃO COLETIVO.

SUMÁRIO

1. Introdução. 1
2. Evolução do instituto do usucapião. 5
   2.1. Direito romano. 7
   2.2. Direito estrangeiro. 14
      2.2.1. Direito português. 14
      2.2.2. Direito alemão. 19
      2.2.3. Direito italiano 24
      2.2.4. Direito argentino. 28
   2.3. Direito brasileiro. 31
3. Direito à propriedade. 33
   3.1. Histórico dos Direitos Humanos Fundamentais. 33
   3.2. Fundamento jurídico do direito à propriedade 37
   3.3. Função social da propriedade. 41
4. Da posse. 48
   4.1. As teorias explicativas da posse. 51
   4.2. Natureza da posse. 54
   4.3. Classificação da posse. 56
   4.4. Efeitos da posse. 57
   4.5. Função social da posse. 59
5. Modalidades de usucapião. 62
   5.1. Usucapião extraordinário. 62
   5.2. Usucapião ordinário. 66
   5.3. Usucapião especial urbano. 71
   5.4. Usucapião especial rural. 76
   5.5. Usucapião coletivo. 78
6. Requisitos específicos do usucapião coletivo. 85
   6.1. Utilização coletiva. 85
   6.2. Características do terreno. 86
   6.3. Existência no imóvel de obras e serviços de interesse econômico e social. 86

6.4. Natureza: desapropriação ou usucapião? 87
6.4.1. Sobre desapropriação. 89
6.5. Pagamento do justo preço. 96
6.6. Quem deve pagar a indenização? 97
7. Questões processuais. 100
7.1. Legitimidade para propor (ou opor). 100
7.2. Intervenção do Ministério Público. 102
7.3. Citações e intimação das Fazendas Públicas. 102
7.4. Registro do mandado. 105
8. Conclusões. 109
9. Referências. 121
Resumo 126
Abstract 127

ASPECTOS FUNDAMENTAIS DO USUCAPIÃO COLETIVO.

1. INTRODUÇÃO.

Ninguém ignora a importância do instituto do usucapião[1] como forma originária de aquisição da propriedade. Sua utilização, com a finalidade de regularizar a situação registrária dos imóveis, é antiqüíssima, perpetuando-se até os dias de hoje.

Verifica-se que, mesmo após tanto tempo e com a inevitável evolução do direito, o usucapião apresenta-se como um instituto necessário e atual, utilizado indiscriminadamente por todas as classes sociais, tanto para a regularização dos negócios realizados sem as formalidades prescritas, quanto para a aquisição originária do bem por aquele que o manteve como se seu o fosse durante o prazo estabelecido em lei. O usucapião mostra-se, portanto, digno de estudo.

O direito brasileiro, com a promulgação da Constituição Federal em 1988, sofreu mudanças consideráveis, especialmente no sentido de "socializar" o direito, determinando-se, entre outros, que a propriedade deve atender sua função social (art. 5º, XXIII).

Seguindo esse princípio, a Lei Federal nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) dispõe que as áreas urbanas com mais de 250 metros quadrados, ocupadas ininterruptamente por mais de cinco anos por população de baixa renda, sem que se possam identificar as respectivas áreas de cada possuidor, podem ser objeto de usucapião coletivo, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

---

[1] *Ab initio*, cabe esclarecer que, nesta dissertação, foi utilizada a palavra usucapião no gênero masculino, o que está correto conforme entendimento do Prof. CARLOS ALBERTO DABUS MALUF, "ressalte-se que o Código Civil de 2002 adotou a palavra usucapião no gênero feminino, que não é usual, mas também correta, já que são admitidas as duas formas no vernáculo. Preferimos a utilização da palavra usucapião no gênero masculino, já consagrada pela doutrina" (in MALUF, Carlos Alberto Dabus; MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil, Direito das Coisas*, v. 3, 39ª ed., p. 130).

O Código Civil de 2002 prevê instituto semelhante, em seu art. 1.228, §§ 4º e 5º, intitulado por alguns de "usucapião coletivo", diferenciando-se por dispensar o critério de baixa renda e adotar a exigência da boa-fé e da existência no imóvel de obras e serviços considerados pelo juiz de interesse econômico e social.

Nas palavras do Professor **MIGUEL REALE,** "este instituto merece atenção especial por ser inovador e revolucionário".[2] Para alguns, concretiza o princípio constitucional da função social da propriedade, para outros representa um problema sério a ser enfrentado, questionando-se, inclusive, a sua constitucionalidade.

Para o Professor **CARLOS ALBERTO DABUS MALUF** o usucapião coletivo, da forma como foi incluído no Código Civil de 2002, pode representar um problema sério em contrapartida ao direito de propriedade, assegurado na Constituição Federal. É que faltou ao legislador clareza ao apontar seus requisitos, possibilitando, por exemplo, a duas ou três pessoas a propositura da referida ação, sem que, com isso, se atinja efetivamente o propósito da lei.[3]

Além disso, o citado artigo menciona o pagamento de uma indenização ao proprietário do imóvel, no entanto, não indica quem deverá efetuá-lo.

Em razão disso, há quem considere que o instituto não se trata propriamente de forma de usucapião, aproximando-o da desapropriação, já que caberá ao juiz fixar justa indenização devida ao proprietário quando da proposição de ação reivindicatória e, em sendo pago o preço, a sentença valerá como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

---

[2] REALE, Miguel. *Visão Geral do Novo Código Civil*, disponível em http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718. Acesso em 21/11/2009. in *RT 752*, p. 22-30.

[3] MALUF, Carlos Alberto Dabus. Direitos reais. In: *Seminário Novo Código Civil Brasileiro: o que muda na vida do cidadão*, 2003, Brasília. Anais. Brasília: Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, Coordenação de Publicações, 2002, p. 230-241.

É como pensa **NELSON KOJRANSKI**, "(...) nova modalidade de desapropriação motivada pela socialização da posse de imóvel de boa-fé foi introduzida através dos §§ 4º e 5º do art. 1.228". [4]

Quanto à questão do pagamento da indenização prevista no parágrafo 5º, há quem ainda acredite que o Estado deva ser o responsável, pois o ocupante jamais terá condições de pagar o preço justo.

Para o Deputado **RICARDO FIÚZA**, o Código quis atender à população hipossuficiente e não atingiria objetivo socializante se tivesse estabelecido que a indenização fosse paga pelo ocupante.[5] Para outros, e a esta corrente se alia o Professor **CARLOS ALBERTO DABUS MALUF**, o ocupante deverá pagar a indenização, pois "se teve capacidade para invadir, ele tem capacidade para pagar"[6], de outra forma, criar-se-á uma desordem civil.

No entanto, o Código deixou a questão em aberto, sem estabelecer por quem deverá ser paga a indenização, para que a jurisprudência assim decida, porém, como poderá o juiz determinar o pagamento da indenização pelo Estado, sem que exista previsão expressa? Poderá o magistrado onerar o erário público, em detrimento de toda população, em favor de algumas poucas pessoas?

Certo é que o usucapião sempre serviu para a aquisição da propriedade plena ou limitada de um bem, em contrapartida à perda do direito de outrem, pacificada a jurisprudência no tocante à legitimidade de tal situação, desde que preenchidos os requisitos legais.

---

[4] O autor ainda complementa seu entendimento aduzindo que "(...) a essa inovação o Prof. Miguel Reale não vacilou em qualificar de "revolucionária". E, realmente o é, a começar pelo fato que se trata de desapropriação (não de usucapião) de imóvel particular, promovida por particulares, situado quer na zona rural, quer na zona urbana", in *O novo Código Civil, Estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*, p. 1002.
[5] Palavras do Deputado RICARDO FIÚZA, no *Seminário Direitos Reais. Novo Código Civil Brasileiro. O que muda na vida do cidadão* apresentado pelo Prof. CARLOS ALBERTO DABUS MALUF, na Câmara dos Deputados em 2003.

E, é nestes termos que o instituto precisa ser analisado e discutido para que a intenção do legislador seja efetivamente alcançada.

_____

[6] MALUF, Carlos Alberto Dabus. Direitos reais. In: *Seminário Novo Código Civil Brasileiro: o que muda na vida do cidadão*, 2003, Brasília. Anais. Brasília: Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, Coordenação de Publicações, 2002, p. 230-241.

2. EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DO USUCAPIÃO.

Verifica-se que a evolução histórica do direito à propriedade sempre esteve atrelada a fatores políticos, sociológicos e religiosos, sendo certo que nem todos os povos reconheceram a existência da propriedade privada.

O fato é que, antes do direito romano, a propriedade restringia-se às coisas móveis, enquanto considerava-se que o solo era de toda a coletividade.[7] Somente depois do primeiro período do direito romano, com a fixação do *pater famílias*, é que surge a propriedade individual propriamente dita[8] e, conseqüentemente, a necessidade de regulamentação do direito e utilização do usucapião.

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO esclarece que

> (...) No Direito romano clássico, a posse – ou *possessio* – era já o produto duma confluência histórica entre institutos diversificados. E mais precisamente: do *usus* e da *possessio* do *ager publicus*. O *usus* correspondia ao efectivo controlo material duma coisa. Tornava-se necessário para a aquisição da propriedade (*mancipium*) duma coisa, nos seguintes termos: a transmissão duma coisa não operava, automaticamente, por contrato; na seqüência deste, o adquirente era investido no controlo material da coisa (no *usus*); quando esse controlo se

---

[7] A título de ilustração, esclarece-se que no Antigo Egito, muito embora não existisse a idéia de propriedade privada, já que o solo pertencia ao faraó – considerado como verdadeira encarnação do Estado e centro cósmico da criação, uma série de relações público-privadas regia a administração das propriedades, como bem coloca LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, "Aunque el suelo de Egipto pertenecería al faraón en heredad, la administración de la tierra y la obtención de sus rentas se logra merced a una laboriosa articulación de relaciones jurídico-políticas cuidadosamente jerarquizadas. El Rey concede la tierra en beneficio a los nobles, incluso permitiendo su transmisión y su vinculación familiar (las fundaciones pías o culturales); dota patrimonialmente a sus funcionarios con donaciones más o menos precarias; dona a los templos y a las instituciones religiosas lucrándolas doblemente con el privilegio de la exención de impuestos, etc. Los beneficiarios, a su vez, celebran contratos con colonos y aparceros para su explotación, etc… Sobre el suelo se perponían, pues, una multiplicidad de derechos de disfrute más o menos plenos, cuya última referencia dominical es el faraón mismo" (in *La Propiedad Inmueble y El Registro de la Propiedad en las Sociedades Antiguas. El Egipto Faraónico*, Madrid: J. San Jose, 1993, p. 39-40).

[8] "Juridicamente, a propriedade só era possível dentro do perímetro de Roma. As conquistas exteriores ficavam como que numa situação de propriedade pública. Porém, o aproveitamento era individual: o *ager publicus* era concedido em parcelas, a cidadão interessados, para que se procedesse ao seu aproveitamento. Assim surgiram posições, de início precárias mas que, com o tempo, vieram a consolidar-se e a granjear esquemas jurídicos de protecção. Tais esquemas foram sendo concedidos pelo pretor, na base da sua *auctoritas*, através dos *interdicta*. Um *interdictum* era uma injunção, que hoje diríamos de tipo administrativo, e que impunha ou proibia uma determinada actuação. Com o tempo, constitui-se um conjunto concatenado de interdicta possessórios, que asseguravam uma tutela geral" (in CORDEIRO, António Menezes. *A Posse: Perspectivas Dogmáticas Actuais*, 3ª ed, Coimbra, Almedina, 2005, p. 16).

> prolongasse por dois anos, no caso dos imóveis ou por um, nos restantes casos, consumava-se a aquisição, por *usucapio*. Durante esse período de dois ou de um ano, o adquirente detinha o controlo da coisa, mas não era ainda seu dono: tinha, pois, de ser assistido, em juízo, pelo alienante. Donde o troço clássico da Tábua VI, da Lei das XII Tábuas: *Usus auctoritas fundibiennium coeterarum rerum annus esto*.[9]

Previa, assim, a Lei das XII Tábuas o instituto do usucapião tanto para bens móveis, quanto para imóveis, estabelecendo o prazo de um ano para o primeiro e de dois para o segundo, sempre estando o possuidor de boa-fé e justo título.

Com o passar dos anos, os prazos foram aumentados para dez e vinte anos, respectivamente, entre presentes e ausentes. Para àqueles casos não dotados de justo título, criou-se uma nova modalidade de usucapião (assemelhada ao nosso extraordinário), com prazo mais longo (*longissimi temporis praescriptio*), de trinta anos.[10] Diversas leis modificaram o texto inicial, impedindo-se o usucapião de coisas furtivas (Lei Atínia), de servidões prediais (Lei Scribonia), além daquelas obtidas sob violência (Leis Júlia e Pláucia).[11]

No direito romano, a ação de usucapião visava sanar os vícios das aquisições realizadas sem os atos solenes prescritos, fazendo com que o comprador, cuja aquisição poderia ser nulificada, se tornasse o verdadeiro proprietário, a salvo de qualquer risco ou incômodo.

BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO acrescenta que "sem sombra de dúvida, pode-se dizer que a ação de usucapião era utilizada tanto para convalidar a aquisição formalmente nula, (...) quanto à ineficaz por vício ou defeito de legitimação do alienante".[12][13]

---

[9] *Op. cit.*, p. 15.
[10] NEQUETE, Lenine. *Da prescrição aquisitiva (Usucapião)*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Ajuris, p. 11-15.
[11] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 128.
[12] RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*, v. 1., p. 138.
[13] No Direito mulçumano, o usucapião foi um instituto amplamente utilizado para legitimar a situação dos homens que trabalhavam em terras pertencentes a proprietários ausentes. Conforme leciona ANTÔNIO MACEDO CAMPOS, aquele que trabalhasse na terra poderia nela permanecer até que surgisse o detentor do título de domínio e se este fato perdurasse por 10 (dez) anos ou mais poderia pleitear o usucapião. Tal prazo seria estendido para 40 (quarenta) anos se o trabalhador e o possuidor do referido título de domínio fossem parentes. (in *Teoria e Prática do usucapião,* 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1987, p. 41).

SERPA LOPES, em sua obra, preleciona que

> (...) em primeiro lugar, destinava-se a transformar em *dominium ex iure Quiritium* a posse daquele que tinha a coisa *in bonis*, constituindo, assim, um formidável mecanismo, por força do qual o defeito da regularidade do título de propriedade era constantemente sanado, de modo que a propriedade e a posse, separados durante certa fase, se reuniam em propriedade quiritária a posse do que recebesse uma coisa a non domino, com justa causa e boa-fé.[14]

Entretanto, não era um instituto de larga utilização, pois não se estendia aos peregrinos e aos imóveis provinciais. Posteriormente, **JUSTINIANO** procurou expandir a sua utilização, ressaltando seu caráter dúplice de aquisição e perda de propriedade, abrangendo, inclusive, o direito dos peregrinos.[15] Vejamos com maior acuidade no capítulo específico.

2.1. Direito romano.

Tendo em vista que o usucapião é um modo de aquisição de propriedade e que no direito romano o objeto sobre o qual recai o direito de propriedade é considerado, por sua vez, uma *res*, isto é, uma coisa, torna-se necessária uma breve explanação do conceito de coisa e suas diversas classificações.

Conforme nos ensina **THOMAS MARKY**[16]**,** coisa (*res*), na linguagem jurídica, significa "o objeto de relações jurídicas com valor econômico". Dentre as distintas classificações nos interessa diferenciar: *res in commercio* e *res extra commercio* de *res nullius*; *res corporales* de *res incorporales* e, principalmente, *res mancipi* de *res nec mancipi*.

As coisas que poderiam ser apropriadas por particulares eram consideradas *in commercio*, ao passo que aquelas excluídas das relações jurídicas mencionada eram tidas como *extra commercio*. Geralmente as coisas em comércio integravam o patrimônio de alguém, contudo, existiam outras passíveis de apropriação que não possuíam qualquer

---

[14] LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Tratado dos registros públicos*, 4ª ed, São Paulo, Freitas Bastos, 1960, v. 04, p. 607.
[15] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 120.

vínculo, ou seja, não pertenciam ao patrimônio de ninguém, estas eram denominadas *res nullius*.[17]

Quanto à diferença entre coisas corpóreas e incorpóreas, consistia na análise de sua concretude; as que pudessem ser tocadas eram classificadas como corpóreas e, ao contrário, aquelas que existissem somente no plano imaginário eram consideradas incorpóreas. Essa classificação é importante, pois era através dela que os romanos distinguiam coisas (corpóreas) e direitos (incorpóreos).[18]

De acordo com **THOMAS MARKY**[19] compreendiam-se como *res mancipi* os terrenos itálicos (não os provinciais), os animais de tiro e carga, sendo assim considerados o cavalo, o burro e vaca, os escravos e as servidões prediais rústicas. As coisas que não se enquadravam nesta condição eram *res nec mancipi*.

Para **BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO**[20] a distinção em comento assemelha-se a distinção entre coisas móveis e imóveis: "a aquisição fundamentada na Lei das Doze Tábuas (...) abrangia as *res mancipi* e as *nec mancipi*. Pode-se, contudo, dizer que a distinção entre essas duas categorias de coisas equivaleria, sob certas circunstâncias, à moderna separação entre coisas móveis e imóveis".

Destaca-se tal classificação pela dualidade de formas exigidas para transferência da respectiva propriedade, enquanto para aquisição de domínio da *res nec mancipi* bastava a *traditio* - ato que consistia na entrega de uma coisa, com a intenção de transferir a propriedade a quem quisesse adquiri-la[21] -, para a transferência de propriedade da *res mancipi*, as partes deveriam observar a *mancipatio*, ato solene revestido de formalidades necessárias para validação do ato.

---

[16] MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano.* São Paulo: Saraiva, 8ª ed., 1995, p. 40.
[17] MARKY, Thomas. *Op. cit*., p. 41.
[18] MARKY, Thomas. *Op. cit.*, p. 41.
[19] MARKY, Thomas. *Op. cit.*, p. 41.
[20] RIBEIRO, Benedito Silvério. *Op. cit.,* p. 142.
[21] ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 307.

Outra forma de transferir a propriedade, surgida após a *mancipatio,* válida tanto para a *res mancipi* quanto para a *res nec mancipi,* era a *in iure cessio*, ato de reivindicar a coisa que se desejava adquirir na presença de um magistrado.[22]

EBERT VIANNA CHAMOUN[23] ensina que da *mancipatio* participavam uma pessoa responsável por uma balança e por uma barra de bronze - que eram o fundamento da *mancipatio*, uma vez que esta significava libertação por dinheiro e peso -, e cinco testemunhas - cidadãos romanos púberes e as duas partes que têm presente a coisa. Aquele que iria adquirir a coisa declarava em voz alta: "digo que esta coisa é minha, por direito dos Quirites e que eu a comprei por preço e medida"[24], após batia na balança com o bronze e o entregava ao alienante que iria permanecer em silêncio demonstrando sua concordância.

Obviamente, esse procedimento era altamente burocrático e não adequado às necessidades de agilidade e rapidez do comércio, razão pela qual aos poucos foi simplificado, sendo, por fim, foi abolido por Justiniano.[2526] Em virtude da dificuldade de seguir as formalidades exigidas pela lei, muitos atos de aquisição possuíam vícios, sobretudo a aquisição denominada *a non domino*, ou seja, de quem não era proprietário.

Como forma de sanar o vício de tais aquisições surgiu o usucapião, garantindo àquele adquirente que, após o decurso do prazo de um ano para coisas móveis ou de dois anos para coisas imóveis, ele se tornaria o verdadeiro proprietário do bem, sem qualquer risco de perder seu direito por nulidade.[27]

---

[22] ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit*., p. 307.
[23] CHAMOUN, Ebert Viana. *Instituições de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 249.
[24] Texto original: *"hunc ego hominem ex iure Quiritum meum esse aio emptusque mihi esto hoc aere aeneaque libra*".
[25] RIBEIRO, Benedito Silvério. *Op.Cit.*, p. 144.
[26] JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES ensina que "no direito justianeu, não mais existindo a *mancipatio* nem a *in iure cessio*, a *traditio* se tornou, como salientamos anteriormente, o único modo de transferência da propriedade. São os seguintes requisitos da *traditio*: a) transferência da posse; b) que a coisa seja suscetível da *traditio;* c) a intenção do *tradrens* e do *accipiens* de, respectivamente, transferir e adquirir a propriedade; e d) a existência de causa jurídica. (*Op. cit.*, p. 307-308).
[27] RIBEIRO, Benedito Silvério. *Op.cit.*, p. 144.

Desta forma, o usucapião tinha por objetivo, consoante explicações de **JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES**, tanto no período pré-clássico, quanto no período clássico, dar àquele que havia adquirido a posse de alguma coisa (i) de alguém que não era seu dono, ou seja, aquisição a *non domínio*; ou (ii) que não tenha seguido as formalidades exigidas para transferência, o direito à propriedade.[28]

No período considerado como pré-clássico, o "uso ininterrupto de um terreno durante dois anos e o de outra coisa durante um ano, independentemente de outros requisitos, gera a propriedade, segundo a Lei das XII Tábuas"[29]. Apesar da não exigência de quaisquer outros requisitos, existiam dois outros que eram implícitos ao sistema da época, quais sejam, a necessidade do possuidor ser cidadão romano e da propriedade ser quiritária.

Por esse motivo, defende **BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO** que o usucapião não era um instituto muito utilizado, uma vez que estavam excluídos deste instituto os peregrinos e os imóveis provinciais, ambos formadores da maior parte de pessoas e superfícies de Roma. Explica o autor que *Quirites* eram os cidadãos romanos, *jus quiritium* o direito romano e o usucapião um modo de adquirir o domínio pelo direito dos *Quirites*, não podendo invocá-los os estrangeiros. Veja-se[30]:

> (...) não se aplicando, pois, a lei em questão aos fundos provinciais e não podendo invocá-la os estrangeiros, dado que não gozavam dos direitos preceituados no *ius civile* e, sendo a usucapião um modo civil de aquisição, os romanos mantinham seus bens perante os peregrinos e podiam reivindicá-los quando bem entendessem. Os fundos provinciais eram vedados, como assinalado, à usucapião, porque os particulares não os podiam adquirir.

Assim, no direito clássico, surgiu a necessidade de criação de um novo instituto para proteção dos direitos dos peregrinos e daqueles que possuíam imóveis provinciais. Por esse motivo surgiu a *praescriptio longi temporis*. Na precisa conceituação de **THOMAS**

---

[28] ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense. 13ª ed., 2002, p. 311.
[29] MARKY, Thomas. *Op. cit*. p. 82.
[30] RIBEIRO, Benedito Silvério. *Op. cit.*, p. 141.

MARKY, a *praescriptio* "(...) na sua origem, é um meio de defesa processual, concedido ao possuidor contra quem lhe exigisse a coisa por meio de ação reivindicatória".[31]

Desta forma, o possuidor de um imóvel provincial detinha em seu poder um instrumento processual para defender-se contra o verdadeiro proprietário do bem. Nota-se que a *praescriptio* é apenas um instrumento de defesa, razão pela qual não havia nenhuma proteção caso o possuidor perdesse seu direito à posse, visto que não havia transferência de propriedade.[32]

Coexistiam, portanto, no período clássico, os dois institutos, o usucapião e a *praescriptio*. **JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES** expõe da seguinte maneira:

> (...) no direito clássico, em campos de atuação diverso, encontramos, lado a lado, o usucapião e a *longi temporis praescriptio*: aquele como modo *iuris civilis* de aquisição de propriedade, utilizável apenas por cidadão romanos, e tendo por objeto somente coisas suscetíveis de *dominium ex iure Quiritium*; esta, a princípio aplicável apenas a imóveis provinciais e em favor de estrangeiros e romanos, mas, posteriormente (graças ao Imperador Caracala), se estende aos móveis. Beneficiando, nesse caso, somente os estrangeiros, pois os romanos mesmo em território provincial podiam valer-se da *usucapio* com relação às coisas móveis.[33]

É importante lembrar que no direito clássico, para configuração do usucapião, além do prazo para prescrição aquisitiva alguns outros requisitos deveriam ser observados: a coisa deveria ser suscetível de usucapião (*res habilis*)[34], deveria existir uma relação jurídica apta à transferência da propriedade (*iusta causa*) e o possuidor, no momento da aquisição da posse, deveria acreditar que não estava atingindo direito de outrem (*bona*

---

[31] JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES conclui que: "com relação à *longi temporis praescriptio,* demandava ela os seguintes requisitos: a) *iusta causa;* b) *bona fides; e* c) posse por dez anos entre presentes (a princípio quando proprietário e possuidor morassem na mesma cidade; depois, na mesma província), ou por vinte anos entre ausentes (no caso contrário)". (in *Op. cit.*, p. 314).

[32] MARKY, Thomas. *Op. cit*., p. 84.

[33] ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.,* p. 314.

[34] JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES elenca as coisas que não eram consideradas *res habilis*: "1º) as *res extra commercium;* 2º) as *res furtivae*; 3º) as *res ui possessae*; 4º) as coisas insuscetíveis de posse; 5º) as coisas doadas a magistrados nas províncias em que exerciam suas funções; 6º) as *res mancipi* alienadas por mulher sob tutela legítima, sem a *auctoritas tutoris*; 7º) as coisas do Estado, do príncipe, da Igreja e das obras pias; 8º) as coisas do menor e do ausente; 9º) as coisas alienadas pelo possuidor de má-fé; e 10º) as coisas a respeito das quais havia proibição de alienar" (in *op. cit*., p. 313).

fides). Além disso, era preciso que se comprovasse a posse do bem e não apenas sua detenção (*possessio*).[35]

O direito pós-clássico, por sua vez, foi marcado por alterações do instituto promovidas por JUSTINIANO, além da inserção de uma nova forma de usucapião considerada pelos estudiosos como "usucapião extraordinária", denominada *longissimi temporis praescriptio*.[36]

A *longissimi temporis praescriptio* foi introduzida por CONSTANTINO e previa a possibilidade de defesa do possuidor que estivesse no bem sem justa causa, mas de boa-fé, pelo período de 40 (quarenta) anos, tendo como fundamento a notória negligência do proprietário.[37] Neste caso, foi-lhe concedido um instrumento processual para se defender da *rei vindicatio* do proprietário, a *exptio* ou exceção.[38]

Ressalta-se que tal instrumento, em um primeiro momento, era somente um meio de defesa processual que, assim como a *praescritio longi temporis* (no início de sua instituição), não garantia o direito à propriedade, mas o direito à proteção possessória.[39]

Posteriormente, JUSTINIANO concedeu à *praescritio longi temporis* eficácia aquisitiva e o fundiu ao usucapião. **JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES** explica que a denominação *usucapio* era utilizada para coisas móveis e *praescriptio* para os imóveis, mas os requisitos para usucapião permaneceram próximos aos dispostos no direito clássico com as seguintes alterações: (a) excluíram-se da categoria de *res habilis* as coisas dotais, vez que estas não seriam mais suscetíveis por usucapião; b) a *iusta causa* passou a ser denominada *titulus*; c) os prazos para o usucapião passaram a ser de 03 (três) anos para as coisas móveis, de 10 (dez) anos para imóveis, quando proprietário e possuidor residissem no mesmo município e, caso contrário, de 20 (vinte) anos.[40]

---

[35] ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit*., p. 313.
[36] ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit*., p. 314.
[37] MARKY, Thomas. *Op. cit.*, p. 84.
[38] ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit*., p. 314.
[39] MARKY, Thomas. *Op. cit.*, p. 85.
[40] ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit*., p. 315.

Por fim, infere-se que a principal modificação ocorrida no direito pós-clássico foi conceder à *praescriptio longissimi temporis* um eficácia aquisitiva, dando ao possuidor sem justo título, porém de boa-fé, o direito de adquirir a propriedade do bem, desde que decorrido o lapso temporal de 30 (trinta) anos para os bens de uma forma geral, ou de 40 (quarenta) anos, quando o bem a ser usucapido fosse da Igreja, obras pias, do fisco, do Imperador ou da Imperatriz.[41][42]

[41] MARKY, Thomas. *Op. cit.*, p. 85.
[42] ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit*., p. 315.

2.2. Direito estrangeiro.

2.2.1. Direito português.

Até meados do século XV, as fontes imediatas para o direito português eram as leis, os costumes e a jurisprudência.[43] Conforme determinação das Ordenações Afonsinas[44], na falta de lei, costume ou jurisprudência do Reino recorrer-se-ia, primeiramente, ao direito romano[45].[46] As Ordenações - cronologicamente, Afonsinas, Filipinas e Manoelinas - perduraram até 1867, quando, finalmente, entrou em vigor o Código Civil de SEABRA.[47]

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO ilustra que

> O Código de SEABRA teve, como qualquer outra codificação o objectivo de simplificar e concatenar as fontes anteriores. Assim, o seu artigo 474º dispôs:
> Diz-se posse a retenção ou fruição de qualquer cousa ou direito.
> § 1º Os actos facultativos ou de mera tolerância não constituem posse.
> § 2º A posse conserva-se enquanto dura a retenção ou fruição da cousa ou direito, ou a possibilidade de a continuar.
> Não há qualquer referência a um animus autônomo. (...) Décadas antes de JHERING, o VISCONDE DE SEABRA procurou inserir – e inseriu – no Código Civil português, uma fórmula objectivista de posse. O pensamento civil não depende, contudo, de nenhum legislador, sobretudo nas dimensões científicas. Por isso – e ainda na fase do projecto – veio defender-se que, na noção de SEABRA, figurava-se, apenas, a posse natural e não a posse civil: esta exigiria *animus domini*. (...) E assim, apesar do teor objectivista do Código de SEABRA, consoante com o pensamento do seu Autor, a doutrina subsequente faria renascer o subjectivismo: pensamos que por influência francesa e italiana.[48]

No referido codex, os elementos necessários para a ocorrência de usucapião, entendido como prescrição positiva, foram disciplinados em seus arts. 517[49] e seguintes,

---

[43] LEITE, Armando Robert Holand. *Usucapião ordinária e usucapião especial*, Revista dos Tribunais, 1983, p. 09.
[44] Coletâneas de leis promulgadas sob o reinado de Dom Afonso V.
[45] Livro II, título 9º.
[46] COSTA, Mario Julio de Almeida. *Fundamentos Históricos do Direito Brasileiro*, *in Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*, p. 114, *apud* LEITE, Armando Robert Holand. *Usucapião ordinária e usucapião especial*, Revista dos Tribunais, 1983, p. 09.
[47] Íntegra do Código Civil português de 1867 disponível *em* <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1664.pdf>, acesso em 17/10/2009.
[48] *Op. cit.*, p. 34-35.
[49] Art. 517. A posse para effeito da prescrição deve ser:
§ 1º Titulada;
§ 2º De boa fé;
§3º Pacífica;
§4º Contínua;

entre eles: posse titulada[50], de boa-fé[51], pacífica[52], contínua[53] e pública[54], havendo diferença entre os casos de posse com ou sem registro[55].

Cabe aqui ressaltar que, no direito português, somente as coisas corpóreas, móveis ou imóveis, podem ser objeto de propriedade, excluindo-se a ocorrência do usucapião dos bens incorpóreos, portanto (art. 1.302).

O art. 526 previu que os imóveis e direitos imobiliários poderiam ser adquiridos pelo decurso do prazo de 10 (dez) anos, se o requerente estivesse de boa-fé e não tivesse registro da posse[56] e, caso possuísse dito registro, de apenas 05 (cinco) anos. Contudo, se a posse fosse considerada de má-fé, para que se desse a aquisição, os prazos supramencionados deveriam ser acrescidos de mais 10 (dez) anos[57]. Na ausência de registro da posse e título aquisitivo, o prazo seria de 15 (quinze) anos[58], e caso o

---

§5º Pública.
§ único. A disposição deste artigo não tem excepção, que não seja expressa na lei.

[50] Art. 518. É posse titulada a que se funda em justo título: e diz-se justo título qualquer modo legítimo de adquirir, independentemente do direito do transmittente.

[51] Art. 520. A boa-fé só é necessária no momento da aquisição.

[52] Art. 521. Posse pacífica é a que se adquire sem violência.

[53] Art. 522. Posse contínua é a que não tem sido interrompida, na conformidade dos artigos 532 e seguintes.

[54] Art. 523. Posse pública diz-se aquella que foi devidamente registrada, ou tem sido exercida de modo que pôde ser conhecida pelos interessados.

[55] Art. 524. A mera posse só pôde ser registrada à vista de sentença passada em julgado, com audiência do Ministério Público, e dos interessados citados por éditos, donde conste que o possuidor tem possuído pacífica, pública e continuamente por tempo de cinco anos.

[56] De acordo com ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, MANUEL RODRIGUES afirma que "a posse é constituída por dois elementos: o *corpus* e o *animus possidendi*. E para tanto, cita seis argumentos: a) a doutrina anterior limitava a posse aos direitos reais, não tendo o Código introduzido novos princípios; b) a orientação que separa o *corpus* e o *animus* teria sido formulada pelos jurisconsultos franceses, em face do artigo 2228 do Código Civil francês, que SEABRA seguiu de perto; c) o estudo sistemático do Código revela que toda a posse conduz à prescrição; d) de várias posições do Código resultaria que a posse é limitada, directamente, pela propriedade; e) de outro modo, não se compreenderia que valor poderia ter a distinção entre posse em nome próprio e posse em nome alheio, nem a presunção de posse em nome próprio nem, finalmente, a regra de que, no tocante às coisas apropriadas, só a podem obter os que têm o uso da razão; f) diplomas de 1907, 1918 e 1919 atribuíram a defesa possessória aos arrendatários" (*Op. cit.*, p. 36-37).

[57] Art. 527. Tanto n'um como n'outro dos casos especificados no artigo antecedente, se a posse tiver durado por dez annos ou mais além dos prasos estabelecidos no mesmo artigo, dar-se-ha a prescripção, sem que possa allegar-se a má-fé, ou a falta de título, salvo o que fica disposto no artigo 510.

[58] Art. 528. Os immoveis ou direitos immobiliarios, faltando-lhes o registro da posse, ou do título da aquisição, só podem ser prescriptos pela posse de quinze annos.

pretendente não possuísse registro, título aquisitivo e estivesse de má-fé, o prazo seria de 30 (trinta) anos[59].

Os prazos seriam totalmente diferenciados para prescrição aquisitiva sobre bens móveis, conforme expõe **ARMANDO ROBERTO HOLAND LEITE**. Nas hipóteses em que a posse ocorresse de forma contínua, pacífica, titulada e de boa fé ou que favorecesse o comprador de boa-fé, o prazo variava entre três e seis anos, respectivamente. Mas, se houvesse má-fé o prazo necessário para a prescrição aquisitiva, em qualquer das duas possibilidades, era majorado para 10 (dez) anos.[60]

Observa-se, nos dizeres de **BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO,** que o primeiro Código Civil de Portugal foi notadamente influenciado pela legislação estrangeira, vez que não observou restritamente os ditames das ordenações.

O atual Código português, por sua vez, manteve alguns critérios e prazos estabelecidos no código anterior, beneficiando, contudo, o possuidor de má-fé ao diminuir o lapso temporal necessário para ocorrência da prescrição aquisitiva.[61] Além disso, definiu claramente o conceito de usucapião, quais os efeitos e as regras de prescrição que recaem sobre o instituto.

Definiu-se que posse[62] é "o poder que se manifesta quando alguém actua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real" (art. 1.251),

---

[59] Art. 529. Quando, porém, a posse dos immoveis ou direitos immobiliarios, mencionados no artigo antecedente, tiver durado pelo tempo de trinta annos, dar-se-ha a prescripção, sem que possa allegar-se a má-fé ou falta do título, salvo o que fica disposto no artigo 510.

[60] LEITE, Armando Robert Holand. *Op. cit.*, p. 11.

[61] RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*, vol. I, 4ª ed., Saraiva, 2006, p. 225. Quanto a isso, veja-se a redação dos arts. 1.294, 1.295 e 1.296 do Código atual, aprovado pelo Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966:

Art. 1.294. Havendo título de aquisição e registro deste, a usucapião tem lugar: a) quando a posse sendo de boa-fé, tiver durado por dez anos, contados desde a data do registro; b) quando a posse, ainda que de má-fé, houver durado quinze anos contados da mesma data.

Art. 1.295. Não havendo registro de aquisição, mas registro de mera posse, a usucapião tem lugar: a) se a posse tiver continuado por cinco anos, contados desde a data do registro, e for de boa-fé; b) se a posse tiver continuado por dez anos, a contar da mesma data, ainda que não seja de boa-fé.

Art. 1.296. Não havendo registro do título nem da mera posse, a usucapião só pode dar-se no termo de quinze anos, se a posse for de boa-fé, e de vinte anos, se for de má-fé.

[62] Diferenciando-se de detenção (Art. 1.253. São havidos como detentores ou possuidores precários: a) os que exercem o poder de facto sem intenção de agir como beneficiários do direito; b) os que simplesmente se

seguindo a definição italiana.[6364] Quanto ao tema, **ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO** acrescenta que

> (...) o Código Civil, desviando-se, nos pontos sensíveis, do anteprojeto de PINTO COELHO e da tradição nacional, optou por introduzir, entre nós, preceitos retirados do Código Civil italiano. A doutrina possessória italiana não era especialmente conhecida entre nós, sobretudo a processada em todo do *Codice Civile* de 1942. (...) Sem deslutro para os seus Autores, podemos, assim, considerar que, no tocante à posse, o legislador, sem debate ou arrimo doutrinário, deu um salto para o escuro, acolhendo-se a uma lei estrangeira pouco conhecida, entre nós, e sem especiais tradições. (...) As fraquezas denotadas na apressada transposição de dispositivos italianos repetem-se, depois, na incipiência dogmática e na insuficiência conceitual, por vezes denotadas. O Código italiano é um todo coerente, não sendo compaginável com o aproveitamento de algumas regras.[65]

O art. 1.287, do Código Civil atual, define que a posse do direito de propriedade ou de outros direitos reais de gozo, mantida por certo lapso de tempo, faculta ao possuidor[66] a aquisição do direito a cujo exercício corresponde sua atuação, salvo disposição em contrário.[67] Desta definição extrai-se que, para os portugueses, o possuidor precisa exercer a função de proprietário, por determinado período de tempo, para aquisição do direito de propriedade pelo usucapião. Seguindo este raciocínio, a lei impede que a mera detenção enseje o usucapião.[68]

Impossível não correlacionar esse requisito (posse do direito de propriedade), com a necessidade de comprovação do *animus domini*, exigida na legislação brasileira. Destaca-se, inclusive, a semelhança entre os textos de lei. A legislação portuguesa prevê que a

---

aproveitam da tolerância do titular de direto; c) os representantes ou mandatários do possuidor e, de um modo geral, todos os que possuem em nome de outrem).

[63] CORDEIRO, António Menezes. *Op. cit.*, p. 40.

[64] MANUEL RODRIGUES acrescenta que "não é fácil dizer qual terá sido a noção de posse no direito português anterior ao Código. As leis não a formulam e os escritores reflectem todas as confusões que se viu existirem, nos grandes juristas anteriores a POTHIER e a SAVIGNY e que entre nós foram seguidos. Em geral, diz-se que a posse é a *naturalis facultas rei insistendi animo sibi habendi* ou a *detentio cum animo dominantis seu affectu dominii*" (in *A Posse – Estudo de Direito Civil Português*, Coimbra: Almedina, 1980, p. 83-84).

[65] *Op. cit.*, p. 44.

[66] "A usucapião tem, ainda, traços dogmáticos próprios, diversos dos quadros tradicionais da parte geral. Assim, ela aproveita a todos os que podem adquirir, podendo os incapazes fazê-lo por si ou por representante – artigo 1289. Sendo actuada por compossuidor, ela aproveita a todos os restantes – artigo 1291" (CORDEIRO, António Menezes. *Op. cit.*, p. 130).

[67] RIBEIRO, Benedito Silvério. *Op. cit*, p. 226.

[68] Art. 1.290. Os detentores ou possuidores precários não podem adquirir para si, por usucapião, o direito possuído, excepto achando-se invertido o título da posse; mas, neste caso, o tempo necessário para a usucapião só começa a ocorrer desde a inversão do título.

pessoa precisa "estar exercendo a função de proprietário", enquanto que a legislação brasileira dispõe "aquele que (...) possuir como seu um imóvel" (art. 1.238, do Código Civil).[69]

A partir da análise dos arts. 1.294, 1.295 e 1.296 infere-se que, tanto o Código Civil Português atual quanto o Código de 1867, diferenciam os requisitos para concessão do usucapião da seguinte forma: (i) existência de registro de posse; (ii) existência de registro de aquisição; e (iii) ausência de registro, condicionando os respectivos prazos a existência, ou não, de boa-fé.

É possível identificar, ainda, uma correlação dos prazos[70] estipulados, a saber: (a) possuidor de boa-fé sem registro (Código atual, 15 anos; Código anterior, 15); (b) possuidor de má-fé sem registro (Código atual, 20 anos; Código anterior, 30); (c) possuidor de boa-fé com registro de mera posse (Código atual, 05 anos; Código anterior, 05); (d) possuidor de má-fé com registro de mera posse (Código atual, 10 anos; Código anterior, 15); (e) possuidor de boa-fé com registro de aquisição (Código atual, 10 anos; Código anterior, 10); (f) possuidor de má-fé com registro de aquisição (Código atual, 15 anos; Código anterior, 20).

No que concerne a usucapião dos bens móveis, a legislação portuguesa diferencia as coisas sujeitas a registro, daquelas que não precisam desta formalidade. O art. 1.298, do Código Civil português, preceitua que o usucapião sobre coisas móveis sujeitas a registro pode ser adquirido de duas formas: (i) havendo título de aquisição e registro deste, quando a posse tiver durado dois anos, estando o possuidor de boa-fé, ou quatro anos, se estiver de má-fé; (ii) não havendo registro, quando a posse tiver durado dez anos, independente da boa-fé do possuidor e da existência de título. Os prazos para usucapião de bens que não estão sujeitos a registro estão disciplinados no art. 1.299[71].

---

[69] RIBEIRO, Benedito Silvério. *Op. cit.*, p. 227.

[70] "Quando a usucapião jogue contra o Estado, os prazos são aumentados em 50%, segundo a Lei nº 54, de 16 de julho de 1913, que tem sido considerada em vigor pela jurisprudência" (CORDEIRO, António Menezes. *Op. cit.*, p. 138).

[71] Art. 1.299. A usucapião de coisas não sujeitas a registro dá-se quando a posse, de boa-fé e fundada em justo título, tiver durado três anos, ou quando, independentemente de boa-fé e de título, tiver durado seis anos.

Finalmente, outro ponto importante a ser estudado sobre o assunto no direito português é a questão da posse violenta[72]. A legislação portuguesa recrimina a posse constituída com violência ou tomada ocultamente, sendo certo que a contagem dos prazos só tem início a partir do momento em que a posse adquira publicidade ou cesse a violência (art. 1.297).

Com relação aos bens móveis adquiridos de boa-fé, antes da cessão da violência ou da publicidade da posse, ensina **BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO** que o interessado poderá adquirir o direito de propriedade, por usucapião, após quatro anos, se houver registro e, na ausência do respectivo título, após sete anos.

2.2.2. Direito alemão.

HARRIET CHRISTIANE ZITSCHER ensina que, na Alemanha, até o fim do século XVIII, as leis territoriais eram suplementadas pelas regras do direito romano, receptado e adequado às tradições locais, tal sistema era denominado direito comum, *Gemeneis Recht.*[73]

JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES reforça essa idéia aduzindo que

> Depois da recepção do direito romano na Alemanha – o que ocorreu no século XVI -, por muito tempo foi a *Gewere* tida pelos juristas alemães como o equivalente da posse romana no direito germânico medieval, razão por que era considerada instituto extinto e apenas digno de curiosidade histórica.[74]

---

[72] "(...) a tão comum expressão 'posse violenta' só pode ser entendida no contexto em que é utilizada, geralmente para indicar o poder efetivo sobre a coisa que se iniciou de forma violente. Isto porque (...) a posse nunca é violenta. A detenção é que pode ser violenta. Pois a mera detenção só vai se converter em posse após o desaparecimento da violência. O mesmo se diga da clandestinidade e, a meu ver, também da precariedade" (AZEVEDO JR., José Osório. in *Detenção, posse e propriedade – Breves observações ao Código Civil*, in *Direito Civil e Processo: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, cood. Araken de Assis *et al*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 264).

[73] ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao Direito Civil Alemão e Inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 85.

[74] *Posse, 1: Introdução histórica*, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 74-75.

Contudo, a fase revolucionária marcada pelo Iluminismo (séc. XVIII) fez surgir diversas codificações que influenciaram o direito alemão - os Códigos Prussiano (1794), Austríaco (1811), o Código Civil Francês (1804) e da Saxônia (1863) -, existindo, desta forma, em apenas um território uma vasta diversidade de codificações, costumes e tradições que tornaram a unificação um desejo predominante.[75]

Não obstante a ânsia pela existência de apenas um Código que regulamentasse o direito alemão, tal processo se deu de forma gradativa, sobretudo, porque a Alemanha passou por diversos processos de restauração política após as guerras contra França.

Inicialmente, em 1881, surgiu o Código Geral Alemão de Comércio válido na maior parte dos territórios e, adiante, já na fase do Império Alemão, houve a tentativa de unificação do direito civil e processual civil.[76] Após a elaboração de dois projetos por uma Comissão Federal composta por profissionais de diferentes áreas, o Parlamento, em 1896, aprovou o Código Civil Alemão, **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)**[77], estruturado em livros que nos trazem a regra geral sobre o assunto tratado com as regulamentações específicas adiante.[78]

Nas palavras de **ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO**,

> o Código Civil alemão, de 1896, é geralmente apontado como tendo aderido à construcção objectivista, de JHERING. .A afirmação não é segura. Desde logo, cumpre esclarecer que o debate entre as construções de SAVIGNY e JHERING está muito mais presente nos livros de doutrina estrangeiros do que nos alemães, onde passa despercebido. Depois, verificou-se que, quando da preparação do BGB, e apesar das numerosas questões e dúvidas aí suscitadas pela posse, o problema não foi discutido. O legislador – como, de resto, lhe compete – ocupou-se do regime e não de temas de construção dogmática.[79]

---

[75] ZITSCHER, Harriet Christiane. *Op. cit.*, p. 87
[76] ZITSCHER, Harriet Christiane. *Op. cit.*, p. 87.
[77] Íntegra do Código Civil Alemão disponível em <http://www.juris.ge/bundesrecht/jarbschuv/gesamt.pdf>. Acesso em 21/10/09.
[78] ZITSCHER, Harriet Christiane. *Op. cit.*, p. 91.
[79] *Op. cit.*, p. 27.

Interessa a presente dissertação o terceiro livro, *Buch 3*, referente aos direitos reais, especificamente as três primeiras seções que tratam do direito de propriedade e de posse (**§** 854-1.011).

Cabe aqui ressaltar que, como no direito português, somente as coisas corpóreas podem ser objeto de propriedade e posse, excluindo-se, da mesma maneira, a ocorrência do usucapião dos bens incorpóreos (§ 90, do Código civil alemão: "apenas os objetos corpóreos são coisas, no sentido da lei").[80]

Quanto à posse, **ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO** ilustra que

> o Direito germânico, como qualquer ordenamento, foi sensível à situação de controlo material sobre as coisas. Em determinado momento de seu percurso, veio autonomizá-lo como *Gewere*. A *Gewere*, primeiro limitada aos móveis, exprimia a realidade do seu apossamento individual, sendo requerida para a transmissão dos bens. O aspecto mais marcante que ela introduziria, na tradição possessória, foi o do papel da aparência. O simples facto de alguém deter algo, em seu poder, à vista de todos, origina uma figuração que deve ser tida em conta. Entroncam, aqui, aspectos como os da necessidade de tradição ou de inscrição, para a transferência dominial ou como os da eficácia jurídica da publicidade possessória. [81]

Para **ARRUDA ALVIM**, com arrimo na lição de VICTOR BRUNS, a *Gewere*[82] "não se configura como pura relação de fato, senão como relação exterior da pessoa com a coisa, em que, a ordem jurídica reconhece relação de senhoria". Ressalta, no entanto, o pensamento de ANDREAS HEUSLER, pelo qual nega que "a *Gewere* envolva, propriamente, um direito, afirmando que em lugar algum das fontes está assim retratado o instituto".[83]

De toda forma, V. OTTO VON GIERKE acredita que

---

[80] ALVIM, José Manuel Arruda. *Comentários ao Código civil brasileiro, volume XI, tomo II: do direito das coisas: (arts. 1.196 a 1.224)*, coord. Arruda Alvim e Thereza Arruda Alvim, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 09.
[81] *Op. cit.*, p. 19.
[82] JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES esclarece que a *Gewere* é "instituto que também influi na disciplina da posse pelas codificações modernas – influência que chegou até os dias de hoje pela repercussão que teve no direito canônico, na doutrina medieval já no tempo dos pós-glosadores, e, acentuadamente, na concepção objetiva de IHERING. (...) A *Gewere* – a que as fontes jurídicas francesas aludem com o termo *saisine*; as italianas, com a expressão *tenuta* e as inglesas, com a palavra *seisin* – é o instituto que, no direito germânico medieval, corresponde à *possessio*, que só foi introduzida no direito alemão com a recepção, na Alemanha, do direito romano, o que (...) ocorreu no século XVI" (*Op. cit.*, p. 74-78).
[83] *Op. cit*., p. 12-13.

> o direito contemporâneo da posse é uma continuação igualmente do direito romano da *possessio* e do direito germânico da *Gewere*. Nosso conceito de posse é de origem romana; esta depende do poder de fato em relação à senhoria sobre a coisa e é por isso mais estreita no que concerne à *Gewere.*[84]

A primeira regra a se observar sobre o usucapião é a do **§** 900[85], que condiciona a aquisição de propriedade por usucapião ao registro.

Consoante o texto do artigo mencionado, aquele que tiver posse[86] sobre um bem deverá inscrevê-la no Livro de Imóveis e permanecer com o *animus* de proprietário. Decorridos 30 (trinta) anos, o possuidor poderá pleitear a usucapião, denominada *ersitzung*, desde que não haja nenhuma "contradição", isto é, desde que ninguém se oponha ao registro efetuado pelo possuidor, pois o curso do prazo supramencionado é suspenso assim que uma contradição for registrada (§ 900).[87]

Considerando que a não inscrição acarreta o desligamento dos direitos do possuidor em relação à coisa, em prol do direito do proprietário (§ 901) torna-se evidente a

---

[84] Apud ALVIM, José Manoel Arruda, *Op. cit*., p. 13.

[85] Veja-se a redação do Código Civil Alemão: ***§ 900 Buchersitzung****: (1) Wer als Eigentümer eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen ist, ohne dass er das Eigentum erlangt hat, erwirbt das Eigentum, wenn die Eintragung 30 Jahre bestanden und er während dieser Zeit das Grundstück im Eigenbesitz gehabt hat. Die dreißigjährige Frist wird in derselben Weise berechnet wie die Frist für die Ersitzung einer beweglichen Sache. Der Lauf der Frist ist gehemmt, solange ein Widerspruch gegen die Richtigkeit der Eintragung im Grundbuch eingetragen ist. (2) Diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung, wenn für jemand ein ihm nicht zustehendes anderes Recht im Grundbuch eingetragen ist, das zum Besitz des Grundstücks berechtigt oder dessen Ausübung nach den für den Besitz geltenden Vorschriften geschützt ist. Für den Rang des Rechts ist die Eintragung maßgebend.* Traduzido livremente: (1) Quem é registrado como o proprietário de um imóvel sem ter adquirido o imóvel, adquire a propriedade, se os registros foram de 30 anos e durante esse tempo manteve a posse do direito de propriedade. Os trinta anos devem ser calculados da mesma forma que o prazo de usucapião de bens móveis. A passagem do tempo é suspensa enquanto uma oposição for registrada contra a exatidão do registro. Estas regras se aplicam se ele está registrado e não tinha direito reconhecido, o direito à posse do imóvel ou o exercício da propriedade é protegida pelas regras atuais. Para a classificação da lei, o registro é determinado.

[86] A definição de posse no direito alemão está no § 854: "*Erwerb des Besitzes (1) Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben*". Traduzido livremente: (1) A posse é adquirida pela obtenção de um poder real sobre a coisa. Quanto ao assunto, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO esclarece que "(...) o BGB evitou qualquer definição de posse. (...) Tal como sucede com o Código Napoleão, também o BGB evitou qualquer referência à vontade, ou a uma específica vontade. Numa primeira versão do projecto, sob a pressão do pensamento de SAVIGNY, radicado na pandectística, surgia a referência à vontade. Tal idéia seria afastada na revisão: entendeu-se que, doutra forma, ficaria prejudicada a posse do incapaz. Tal não impede, contudo, que a posse seja considerada como o produto duma actuação voluntária humana" (*Op. cit*., p. 27-28).

[87] RIBEIRO, Benedito Silvério. *Op. cit*., p. 228.

importância do sistema registrário na Alemanha. Neste sentido, posiciona-se **BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO**[88]:

> (...) o direito germânico opera importante reflexo do sistema registrário, pois não é permitida usucapião contra as enunciações do registro, cabendo segundo o estatuído no artigo 800, para apenas confirmar. Daí a distinção que se faz, no tocante ao direito brasileiro.

Conclui-se, portanto, que o direito alemão confere proteção ao possuidor que tenha o exercício do direito de proprietário, mas o obriga a regularizar sua situação por registro, como forma de controlar a violação dos direitos de outrem que poderá, também, registrar sua oposição. Assim, somente adquirirá a propriedade de um bem imóvel, por usucapião, aquele que tiver seu registro por trinta anos de forma inalterada, isto é, sem oposição.[89]

Com relação à usucapião dos bens móveis, o prazo é diminuído para 10 (dez) anos, conforme § 937.[90]

Ressalta-se que, tanto para bens móveis, quanto para bens imóveis, a boa-fé é condição necessária para aquisição da propriedade.[91] É neste ponto que reside a principal diferença entre o usucapião no Brasil e na Alemanha.

Em nossa legislação o pressuposto para concessão do instituto em estudo é o lapso temporal necessário que difere para cada tipo de posse. Já, na Alemanha, sempre deverá existir a boa-fé, sendo o lapso temporal de 30 (trinta) anos para bens imóveis e 10 (dez) anos para bens móveis.

Por fim, cabe enfatizar que, para **ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO**, "o sistema alemão da posse traduz uma grande simplificação dogmática do instituto que, desta forma,

---

[88] RIBEIRO, Benedito Silvério. *Op. cit*., p. 228.
[89] ZITSCHER, Harriet Christiane. *Op. cit.*, p. 266.
[90] § *937(1) Wer eine bewegliche Sache zehn Jahre im Eigenbesitz hat, erwirbt das Eigentum (Ersitzung).* Traduzido livremente: (1) Quem tiver uma coisa móvel, há dez anos, em posse a título de propriedade, recebe a propriedade.
[91] Veja-se a redação da segunda parte do § 937: *Die Ersitzung ist ausgeschlossen, wenn der Erwerber bei dem Erwerb des Eigenbesitzes nicht in gutem Glauben ist oder wenn er später erfährt, dass ihm das Eigentum nicht zusteht.* Traduzido livremente: A usucapião é excluída se o adquirente, na aquisição da posse a título de propriedade não estava de boa-fé ou se, mais tarde, vier a saber que a ele não cabe a propriedade.

adquiriu um máximo de operacionalidade. Ele foi, assim, adaptado por outras codificações, com relevo para a Suíça".[92]

2.2.3. Direito italiano.

O Código Civil italiano é divido, assim como o Código Civil brasileiro, em títulos e seções. Verifica-se que o usucapião é abordado no Título VIII, seção III, *Dell'usucapione*, nos arts. 1.158 a 1.167, sendo expressamente previsto como modo de aquisição de propriedade, no art. 922.[93]

O usucapião, entendido como uma das formas de prescrição aquisitiva, nas palavras de **ROBERTO DE RUGGIERO** é "um meio com o qual, com o decurso do tempo e sob determinadas condições, uma pessoa adquire um direito".[94] Referido autor destaca os elementos necessários para configuração da prescrição aquisitiva:

> Em dois elementos fundamentais se baseia, na verdade, a aquisição por prescrição: a posse da coisa por parte de quem não é seu proprietário e a sua duração por um certo tempo. Da conjunção da posse com o tempo faz a lei derivar a aquisição (...).

Para o usucapião, há, ainda, outra condição indispensável, a de que o objeto possa sofrer os efeitos deste instituto, isto porque, as coisas do tesouro público, as pertencentes a menores ou a interditados por enfermidade mental e as dos militares em serviço, durante tempo de guerra estão, por expressa determinação de lei, excluídas da aquisição de propriedade por usucapião.[95][96]

---

[92] *Op. cit.*, p. 28.

[93] Art. 922 *Modi di acquisto. La proprietà si acquista per occupazione (923 e seguenti), per invenzione (927 e seguenti), per accessione (934 e seguenti), per specificazione (940), per unione o commistione (939), per usucapione (1158 e seguenti), per effetto di contratti (1376 e seguenti), per successione a causa di morte (456 e seguenti) e negli altri modi stabiliti dalla legge.* Traduzido livremente: A propriedade é adquirida por ocupação (923 e seguintes), por invenção (927 e seguintes), por adesão (934 e seguintes), por especificação (940), por união, comistão (939), por usucapião (1158 em diante), por efeito dos contratos (1376 e seguintes), por sucessão "*causa mortis"* (456 e seguintes) e de outras formas estabelecidas por lei (*in* RIBEIRO, Benedito Silvério. *Op. Cit*., p. 230).

[94] RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil. Traduzido e Atualizado por Paolo Capitanio*. Vol. 2, 2ª ed., Bookseller, 2005, p. 582.

[95] ***Art. 2.934. Estinzione dei diritti.*** *Ogni diritto si estingue per prescrizione, quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge. Non sono soggetti alla prescrizione i diritti indisponibili e gli*

Com relação à duração da posse[97], para que se efetive o direito de aquisição é preciso a existência do lapso temporal de 20 (vinte) anos, conforme art. 1.158, do Código Civil[98].

Para aquisição da propriedade, basta a concorrência dos elementos acima descritos – posse legítima e decurso de 20 (vinte) anos – sem qualquer outra exigência (seja título, seja boa-fé).[99]

Entretanto, se o legítimo possuidor estiver de boa-fé e portar o título correspondente, a lei o beneficia, diminuindo o lapso temporal exigido para 10 (dez) anos,

---

altri diritti indicati dalla legge (248 e seguente, 263, 272, 533, 715, 948, 1422). ***Art. 2.942. Sospensione per la condizione del titolare*** *La prescrizione rimane sospesa: 1) contro i minori non emancipati (316) e gli interdetti per infermità di mente (414 e seguenti), per il tempo in cui non hanno rappresentante legale e per sei mesi successivi alla nomina del medesimo o alla cessazione dell'incapacità; 2) in tempo di guerra, contro i militari in servizio e gli appartenenti alle forze armate dello Stato e contro coloro che si trovano per ragioni di servizio al seguito delle forze stesse, per il tempo indicato dalle disposizioni delle leggi di guerra.* Traduzido por SOUZA DINIZ, em sua obra *Código Civil Italiano,* Record*,* Rio de Janeiro, 1961, p. 428 e 429: **Art. 2.934. Extinção dos direitos.** Não estão sujeitos à prescrição os direitos indispensáveis e os outros direitos indicados pela lei. **Art. 2.942. Suspensão pela condição do titular**. A prescrição fica suspensa: 1- contra os menores não emancipados e os interditados por enfermidade mental, durante o tempo em que não tiverem representante legal e por seis meses sucessivos à nomeação dos mesmos ou à cessação da incapacidade; 2 – em tempo de guerra, contra os militares em serviço e os que pertencem às forças armadas do Estado e contra aqueles que se acharem, por motivo de serviço, em seguimento das próprias forças, pelo tempo indicado nas disposições das leis de guerra.

[96] RUGGIERO, Roberto de. *Op. cit*., p. 583.

[97] "Desviando-se da regra cautelar, que levou os legisladores francês e alemão a evitar definições, o artigo 1140 do *Codice* veio dispor: A posse é o poder sobre a coisa que se manifesta na actividade correspondente ao exercício da propriedade ou de outro direito real. (...) O artigo 1140 do *Codice*, como é reconhecido na doutrina italiana, não refere qualquer intenção possessória. Apenas por "... longa tradição ..." a doutrina vem mantendo a sua exigência, utilizando-a como factor de distinção entre a posse e a detenção. Não se trata, porém, de doutrina unânime: tem-se conservado, sempre activa, uma posição minoritária que explica a desnecessidade da vontade, para a distinção, substituindo-a, designadamente, pelo título. Apesar de algumas flutuações, a jurisprudência mantém a referência ao *animus*, acompanhando a doutrina. O relevo prático da referência prende-se, contudo, mais à usucapião do que à defesa possessória: esta tem sido alargada à mera detenção. Desta forma, dá-se uma normalização, pelo sistema, da matéria possessória. Cumpre ainda acrescentar que o *animus* se presume, por parte de quem exerça o poder de facto e tal como se infere do artigo 1141 do *Codice*. Nestas condições, a referência ao *animus* torna-se quase um dado periférico, no sistema" (CORDEIRO, António Menezes. *Op. cit.*, p. 28-29).

[98] ***Art. 1.158. Usucapione dei beni immobili e dei diritti reali immobiliari.*** *La proprietà dei beni immobili e gli altri diritti reali di godimento sui beni medesimi si acquistano in virtù del possesso continuato per venti anni.* Traduzido por Souza Diniz, *op. cit*., p. 192: **Usucapião de bens imóveis e direitos reais sobre bens imóveis.** A propriedade de bens e de outros direitos reais de gozo sobre tais bens serão adquiridos em virtude da posse continuada por vinte anos.

[99] RUGGIERO, Roberto de. *Op. cit*., p. 587.

conforme art. 1.159.[100] O legislador também beneficiou o possuidor da pequena propriedade rural, ao estabelecer o prazo de 15 (quinze) anos como necessário para o usucapião de má-fé e de 05 (cinco) anos para o usucapião de boa-fé, com base em título (art. 1.159-bis).[101]

Considerando que os requisitos a serem observados para concessão do usucapião são, em regra, decurso do tempo previsto em lei e posse legítima, observa-se a importância de definir o conceito de posse legítima para o direito italiano, o qual é semelhante à do direito brasileiro, vez que nos ensinamentos de **ROBERTO DE RUGGIERO**:

> É preciso a posse da coisa, mas não basta uma posse qualquer. (...) o que se requer é a posse legítima, isto é, que tenha os caracteres indicados no artigo 686 do CC de 1865 (contínua, não-interrompida, pacífica, pública, não-equívoca e com ânimo de ter a coisa como própria). (...) Não é pois, suficiente a simples detenção ou posse natural, na qual falta o ânimo de ter a coisa como própria.[102]

---

[100] ***Art. 1.159. Usucapione decennale.*** *Colui che acquista in buona fede da chi non e proprietario un immobile, in forza di un titolo che sia idoneo a trasferire la proprietà e che sia stato debitamente trascritto (2643 e seguenti), ne compie l'usucapione in suo favore col decorso di dieci anni dalla data della trascrizione. La stessa disposizione si applica nel caso di acquisto degli altri diritti reali di godimento sopra un immobile.* Traduzido por Souza Diniz, *op. cit.*, p. 192. **Usucapião Decenal.** Aquele que adquire a posse de boa fé, um imóvel, sob um título que é capaz de transferir a propriedade e que foi devidamente transcritos (2643 em diante), executa a usucapião a seu favor com o curso de dez anos a contar da data da transcrição. O mesmo se aplica no caso de aquisição de outros direitos reais de usufruto sobre um imóvel.

[101] ***Art. 1.159-bis Usucapione speciale per la piccola proprietà rurale*** *La proprietà dei fondi rustici con annessi fabbricati situati in comuni classificati montani dalla legge si acquista in virtù del possesso continuato per quindici anni. Colui che acquista in buona fede da chi non è proprietario, in forza di un titolo che sia idoneo a trasferire la proprietà e che sia debitamente trascritto, un fondo rustico con annessi fabbricati, situati in comuni classificati montani dalla legge, ne compie l'usucapione in suo favore col decorso di cinque anni dalla data di trascrizione. La legge speciale stabilisce la procedura, le modalità e le agevolazioni per la regolarizzazione del titolo di proprietà. Le disposizioni di cui ai commi precedenti si applicano anche ai fondi rustici con annessi fabbricati, situati in comuni non classificati montani dalla legge, aventi un reddito non superiore ai limiti fissati dalla legge speciale.* Traduzido por Souza Diniz, *op. cit*., p. 192: **Usucapião especial da pequena propriedade rural.** A propriedade de concessões agrícolas com edifícios adjacentes localizados em municípios classificados como montanhosos é adquirida no âmbito do direito de posse continuada durante quinze anos. Aquele que adquire de boa fé de alguém, um título que não lhe pertence que é capaz de transferir a propriedade e que está devidamente transcrito, de um fundo com anexado prédios rústicos, situados em localidades montanhosas classificadas por lei, executa a usucapião em seu favor com o lapso de cinco anos a contar da data da transcrição. A lei especial prevê o procedimento, modalidades e facilidades para a regularização do título de propriedade. O disposto nos números anteriores é igualmente aplicável aos contratos de arrendamento agrícola, com edifícios adjacentes, localizados nos municípios não classificados como montanhosos por lei, cuja renda não ultrapasse os limites estabelecidos por lei especial.

[102] RUGGIERO, Roberto de. *Op. cit*., p. 584.

Desta forma, observa-se que o exercício da posse deve se dar de forma continuada, ininterrupta, pacífica e, sobretudo, com o ânimo de ser dono, de maneira que os detentores e aqueles que possuem a coisa em seu poder, por algum título, em nome de outro jamais poderão pleitear o usucapião, ao menos que esta realidade seja alterada pela mudança do título mencionado por causas provenientes de terceiros, conforme preceitua o art. 1.164, do Código Civil.[103][104]

Para o usucapião de bens móveis, observa-se o mesmo lapso temporal exigido para os imóveis, qual seja, 20 (vinte) anos, quando carecer de boa-fé, e 10 (dez) anos para o possuidor de boa-fé (art. 1.161).[105] Contudo, no caso de existência de registro o prazo diminui significativamente para 3 (três) anos (art. 1.162)[106].

Por fim, é importante destacar que o direito italiano também repudia a posse obtida por meio violento a excluindo dos meios de aquisição de propriedade por usucapião, conforme art. 1.163, do Código Civil.[107]

---

[103] RUGGIERO, Roberto de. *Op. cit*., p. 585.

[104] ***Art. 1.164. Interversione del possesso.*** *Chi ha il possesso corrispondente all'esercizio di un diritto reale su cosa altrui non può usucapire la proprietà della cosa stessa, se il titolo del suo possesso non è mutato per causa proveniente da un terzo o in forza di opposizione da lui fatta contro il diritto del proprietario. Il tempo necessario per l'usucapione decorre dalla data in cui il titolo del possesso è stato mutato*. Traduzido por Souza Diniz, *op. cit*., p. 192: Quem tem a posse para o exercício de um direito de outro, não pode usucapir a propriedade da coisa em si, se o título de sua posse não foi alterado devido à entrada de um terceiro ou por força de oposição de terceiro contra o direito do proprietário. O tempo necessário para o usucapião conta-se a partir da data em que o título de propriedade for alterado.

[105] ***Art. 1.161. Usucapione dei beni mobili.*** *In mancanza di titolo idoneo (922), la proprietà dei beni mobili e gli altri diritti reali di godimento sui beni medesimi si acquistano in virtù del possesso continuato per dieci anni, qualora il possesso sia stato acquistato in buona fede. Se il possessore è di mala fede, l'usucapione si compie con il decorso di venti anni.* Traduzido por Souza Diniz, *op. cit.*, p.192: **Usucapião de bens móveis.** Na ausência de títulos elegíveis (922), a propriedade dos bens móveis e de outros direitos reais de gozo de tais bens serão adquiridas em virtude da posse continuada por dez anos, caso a posse tenha sido adquirido de boa fé. Se o proprietário for de má fé, o usucapião é realizado com o curso de vinte anos.

[106] ***Art. 1.162. Usucapione di beni mobili iscritti in pubblici registri.*** *Colui che acquista in buona fede da chi non è proprietario un bene mobile iscritto in pubblici registri (815, 2683; Cod. Nav. 146 e seguenti, 753 e seguenti), in forza di un titolo che sia idoneo a trasferire la proprietà (1321) e che sia stato debitamente trascritto, ne compie in suo favore l'usucapione col decorso di tre anni dalla data della trascrizione.* Traduzido por Souza Diniz, *op. cit.*, p.193. **Usucapião de bens móveis inscritos em registros públicos**. Aquele que adquire de boa fé, de alguém, bens móveis colocados em registros públicos (815, 2683; Cod Nav. 146 ss, 753 ss), sob um título em que seja provável a transferência de propriedade (1321) e que foi devidamente transcrito realiza em seu favor o usucapião com o lapso de três anos a contar da data da transcrição. Se não ocorrer as condições previstas no parágrafo anterior, o usucapião é realizado com o curso de dez anos. O mesmo se aplica no caso de aquisição de outros direitos reais de gozo (981, 1021).

[107] ***Art. 1.163. Vizi del possesso***. *Il possesso acquistato in modo violento o clandestino non giova per l'usucapione se non dal momento in cui la violenza o la clandestinità e cessata.* Traduzido por Souza Diniz,

2.2.4. Direito argentino.

Na legislação portenha há previsão de que os direitos reais podem originar-se através da prescrição (art. 3.947, do Código Civil de La Republica Argentina[108]), definindo que esta é um meio de adquirir um direito ou de libertar-se de uma obrigação pelo decurso do tempo.[109]

JOSÉ LEVITÁN sustenta que data de 29 de julho de 1867 o primeiro antecedente legal argentino sobre usucapião, ainda que limitado ao âmbito de Buenos Aires.[110] Para o referido autor, o instituto do usucapião mostra-se digno de estudo vez que

> Del concepto dado de esa institución surge su importancia, especialmente en nuestro país. La ley castiga la incuria, el abandono, la ociosidad de uno, por constituir una valla al progreso de la comunidad. Al contrario, premia y estimula la diligencia, la actividad de quien poseyendo un inmueble remueve obstáculos al progreso de la comunidad e incorpora riquezas. Maestros del derecho argentino, como Héctor Lafaille, Raymundo M. Salvat y Juan Antonio Bibiloni, se pronunciaron en favor de la institución. Bibiloni en su *Anteproyecto de reformas al Código Civil*, si bien requiere el pago de impuestos al prescribiente – no con efecto retroactivo – acorta el plazo de la usucapión larga a 20 años, suprime la diferencia entre presentes y ausentes y la suspensión de la prescripción contra incapaces y limita la prueba testimonial a la de vecinos del inmueble, lo que tiene bastante lógica. Como se ve, Bibiloni, al igual que otros maestros de nuestro derecho, sostiene la importancia de la usucapión.[111]

JOSÉ LEVITÁN, com arrimo na lição de LAFAILLE, esclarece que o problema básico da Argentina, bem como do futuro do país, é *"ligar al hombre con la tierra, arraigándolo*

---

op. cit., p.193: A Posse adquirida por meio violento ou ilegal não é boa para usucapião, a não ser a partir do momento em que a violência ou a ilegalidade cessar.

[108] SARSFIELD, Vélez de. *Código Civil de la Republica Argentina*. Buenos Aires: Zavalía, 1976. Atualizações do Código Civil argentino disponíveis em <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>, acesso em 21/10/2009.

[109] *Art. 3.947. Los derechos reales y personales se adquieren y se pierden por la prescripción. La prescripción es un medio de adquirir un derecho, o de libertarse de una obligación por el transcurso del tiempo.* Traduzido livremente: Os direitos reais e pessoais são adquiridos e perdidos pela prescrição. A prescrição é um meio de adquirir um direito e de se libertar de uma obrigação, pelo decurso do tempo.

[110] *Prescripción adquisitiva de dominio*, 2ª ed., Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1979, p. 24.

[111] *Op. cit.*, p. 46.

a ella", e, para tanto, acredita que o usucapião *"tiene perspectivas de proyectarse hacia el futuro en el país, haciendo realidad la reforma agraria"*.[112]

Desta forma, mostra-se importante definir quais são os elementos necessários para a configuração do usucapião na referida legislação, em especial, quais são os prazos previstos para tanto, bem como se há diferença entre o possuidor de boa-fé e o de má-fé.

Nos termos do art. 4.016, do Código Civil da República Argentina[113], exige-se a posse contínua pelo prazo de 20 (vinte) anos para que se dê o usucapião de bens imóveis e de direitos reais. Deve, ainda, o possuidor ter o ânimo de ter a coisa para si, não importando a ausência de boa-fé e de justo título. A única exceção feita ao último requisito (justo título) versa quanto às servidões, contra as quais ocorre a prescrição, mas exige-se o título[114].

Da mesma forma que na legislação brasileira, verificando-se a boa-fé e a existência de justo título, há diminuição do lapso temporal exigido para apenas 10 (dez) anos, conforme prevê o art. 3.999, do Código Civil em comento[115].

Cumpre esmiuçar, assim, o conceito de boa-fé e justo título na legislação argentina. Com relação ao justo título[116], os dispositivos legais são rigorosos e determinam que este deve ter por finalidade a transmissão do direito de propriedade, ser verdadeiro e relativo ao

---

[112] *Op. cit.*, p. 47-48.

[113] *Art. 4.016. Al que poseído durante veinte años sin interrupción alguna, no puede oponérsele ni la falta de título ni su nulidad, ni la mala fe en la posesión.* Devidamente interpretado por BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO em sua obra *Tratado de Usucapião*, v. 1, 4ª ed., 2006, São Paulo: Saraiva, p. 231: "Ao que haja possuído durante vinte anos sem interrupção alguma, não pode opor-se nem a falta de título, nem sua nulidade, nem a má-fé na posse".

[114] *Art. 4.015: Prescríbese también la propiedad de cosas inmuebles y demás derechos reales por la posesión continua de veinte años, con ánimo de tener la cosa para sí, sin necesidad de título y buena fe por parte del poseedor, salvo lo dispuesto respecto a las servidumbres para cuya prescripción se necesita título.* Traduzido livremente: A prescrição do direito de propriedade de coisas imóveis e de outros direitos reais também ocorre pela posse contínua de vinte anos, com ânimo de ter a coisa para si, sem a necessidade de título e de boa-fé, por parte do possuidor, salvo o disposto a respeito das coisas sujeitas à servidão para as quais, para a prescrição, o título é necessário.

[115] *Art. 3.999: El que adquiere un inmueble con buena fe y justo título prescribe la propiedad por la posesión continua de diez años.* Nas palavras de BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO, *Op. cit*., p. 231: "o que adquire um imóvel com boa-fé e justo título, prescreve a propriedade pela posse contínua de dez anos".

imóvel possuído, não sendo aceita qualquer justificativa de confusão do possuidor (art. 4.011)[117]; nem qualquer tipo de nulidade, ainda que relativa ou quanto ao vício de forma (arts. 4.009[118], 4.012[119] e 4.013[120]) e, ainda, condição suspensiva (art. 4.014)[121].

Já, a comprovação de boa-fé observa regrar de menor rigor. De acordo com o art. 4.006[122], a boa-fé exigida nada mais é senão a certeza do possuidor de que ele é o único senhor da coisa, sendo necessária – a existência de boa-fé – apenas no momento da aquisição do bem (art. 4.008)[123]. A ignorância do possuidor sobre a situação real do bem, ou seja, sobre a real titularidade da coisa, só ensejará a usucapião de boa-fé se o erro recair sobre situação de fato, consoante dita o art. 4.007[124]. Caso contrário, o possuidor deverá observar o prazo de 20 (vinte) anos, conforme explicitado anteriormente. A boa-fé tem maior importância no usucapião de bens móveis, sendo um dos requisitos indispensáveis para sua ocorrência.

---

[116] *Art. 4.010. El justo título para la prescripción, es todo título que tiene por objeto transmitir un derecho de propiedad, estando revestido de las solemnidades exigidas para su validez, sin consideración a la condición de la persona de quien emana.*

[117] *Art. 4.011. El título debe ser verdadero y aplicado en realidad al inmueble poseído. El título putativo no es suficiente, cualesquiera que sean los fundamentos del poseedor para creer que tenía un título suficiente.* Traduzido livremente: O título deve ser verdadeiro e aplicável ao imóvel possuído. Não basta o título putativo, quaisquer que sejam os fundamentos do possuidor para crer que possuía título adequado.

[118] *Art. 4.009. El vicio de forma en el título de adquisición, hace suponer mala fe en el poseedor*. Traduzido livremente: O vício de forma do título de aquisição faz supor a má-fé do possuidor.

[119] *Art. 4.012. El título nulo por defecto de forma, no puede servir de base para la prescripción.* Traduzido livremente: o título nulo por defeito de forma, não pode servir de base para prescrição.

[120] *Art. 4.013. Aunque la nulidad del título sea meramente relativa al que adquiere la cosa, no puede prescribir contra terceros ni contra aquellos mismos de quienes emana el título.* Traduzido livremente: Mesmo que a nulidade do título seja meramente relativa, aquele que adquire a coisa não pode impor seu direito à prescrição contra terceiros ou mesmo contra aqueles de quem emana o título.

[121] *Art. 4.014. El título subordinado a una condición suspensiva, no es eficaz para la prescripción, sino desde el cumplimiento de la condición. El título sometido a una condición resolutiva, es útil desde su origen para la prescripción.* Traduzido livremente: O título subordinado a uma condição suspensiva não é eficaz para prescrição, senão a partir do comprimento da condição. O título submetido a uma condição resolutiva é útil desde sua origem para prescrição.

[122] *Art. 4.006. La buena fe requerida para la prescripción, es la creencia sin duda alguna del poseedor, de ser el exclusivo señor de la cosa. Las disposiciones contenidas en el Título "De la posesión", sobre la posesión de buena fe, son aplicables a este Capítulo.* Traduzido livremente: A boa-fé requerida para a prescrição é a crença do titular, sem dúvida alguma, de ser ele o exclusivo senhor da coisa. As disposições contidas no Título "Da posse", sobre a posse de boa-fé, são aplicáveis a este capítulo.

[123] *Art. 4.008. Se presume siempre la buena fe, y basta que haya existido en el momento de la adquisición*. Traduzido livremente: A boa-fé sempre se presume e é suficiente que tenha existido no momento da aquisição.

[124] *Art. 4.007. La ignorancia del poseedor, fundada sobre un error de hecho, es excusable; pero no lo es la fundada en un error de derecho.* Traduzido livremente: A ignorância do possuidor, fundada em erro sobre fato, é escusável, mas não o é a fundada em erro de direito.

2.3. Direito brasileiro.

MARIA HELENA DINIZ aduz que, pelo usucapião

> (...) o legislador permite que uma determinada situação de fato, que, sem ser molestada, se alongou por um certo intervalo de tempo previsto em lei, se transforme em uma situação jurídica, atribuindo-se assim juridicidade a situações fáticas que amadurecem com o tempo. A posse é o fato objetivo, e o tempo, a força que opera a transformação do fato em direito. O fundamento desse instituto é garantir a estabilidade e segurança da propriedade, fixando um prazo, além do qual não se podem mais levantar dúvidas ou contestações a respeito e sanar a ausência de título do possuidor, bem como os vícios intrínsecos do título que esse mesmo possuidor, porventura, tiver.[125]

Na legislação brasileira existem três espécies de usucapião: o extraordinário, o ordinário e o especial.

No Código Civil de 1916, foi o usucapião disciplinado nos arts. 550 a 553. Só podiam ser objeto da ação de usucapião os bens particulares, bens públicos de qualquer natureza, patrimoniais ou dominicais, não eram suscetíveis de usucapião.[126] Contudo, antes

---

[125] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. 4, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 144.

[126] Quanto à possibilidade de usucapião de terrenos baldios no Direito Venezuelano, CARLIX DE JESÚS MEJÍAS aduz o seguinte: "Las tierras baldías, como lo establece la Ley respectiva, son todos los terrenos que, estando dentro de los limites de la República, no sean ejidos ni propiedad particular ni pertenezcan legítimamente a corporaciones o personas jurídicas. Es decir, tierras sin dueño conocido que se encuentran ubicadas dentro de los límites del territorio nacional. Las cuales, según la Ley de Tierras Baldías y Ejidos (Artículo 2) y el Código Civil (Artículo 542) son del dominio privado de la Nación. Ahora bien, con la Ley de Reforma Agraria de 1960 (Artículo 10) dichas tierras quedan afectadas, de pleno derecho, al programa agroproductivo de la misma regula. Afectación ésta que, en virtud del Artículo 200 *ejusdem*, es declarada de utilidad pública y las normas generales y particulares que regulan esta destinación específica, según el Artículo 208 *ejusdem*, se aplicarán con preferencia a las disposiciones del ordenamiento legislativo nacional que se opongan a ellas. (…) En sentencia de 11 de agosto de 1966 del Máximo Tribunal de la República sostuvo que las tierras baldías eran imprescriptibles, en esto sentido argumentó lo siguiente: a) Los baldíos inalienables, por su misma condición, son implícitamente inusucapibles; b) La ocupación de estos baldíos es ilícita, por lo tanto, los excluye de la posesión legítima y, por consiguiente, de la usucapión y c) Como todos los baldíos están fuera de comercio, la prescripción no tiene efectos respectos de ellos (Artículo 1959 CCV). Esta sentencia fue duramente criticada por representantes de la doctrina nacional, entre ellos Enrique Lagrange (1980) y Pedro Nikken (1986). (…) De la lectura del Artículo 542 del Código Civil y el Artículo 2 de la Ley de Tierras Baldías y Ejidos se desprende que los baldíos son bienes del dominio privado de la Nación, y sabido que ésta, según el Artículo 1960 del mismo Código, está sujeta a que sus bienes patrimoniales se puedan adquirir por prescripción como los de los particulares. La misma Ley de Tierras Baldías y Ejidos – señala esta corriente – en varias disposiciones menciona expresamente la usucapión a los baldíos. (…) La Corte Suprema de Justicia, acogiendo la tesis de Enrique Lagrange, decidió en sentencia de 25 de febrero de 1986 que los baldíos, como bienes del dominio privado, sí pueden ser adquiridos por usucapión" (in *La usucapión y las tierras baldías: breves consideraciones*, in Revista nº 30 Derecho y Reforma Agraria, Universidad de Los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Venezuela: Instituto Iberoamericano de Derecho y Reforma Agraria, 1999, p. 75-76).

da publicação do Código Civil de 1916, admitia-se o usucapião dos referidos bens, exigindo apenas que o período da posse fosse superior a 40 anos[127], tendo a matéria sido objeto, inclusive, da Súmula 340, do Supremo Tribunal Federal, que dispunha que "desde a vigência do Código Civil[128], os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião".

A Constituição Federal de 1988, além de reiterar essa matéria no parágrafo único do art. 191, provocou mudanças consideráveis no âmbito imobiliário, especialmente no sentido de "socializar" o direito, determinando-se, entre outros, que a propriedade deve atender sua função social (art. 5º, XXIII). Previu, neste sentido, as modalidades de usucapião especial urbano e rural.

Com o advento do Código Civil de 2002, viu-se a diminuição dos prazos estabelecidos (Extraordinário – de 20 anos para 15; Ordinário – de 15 anos para 10), admitindo-se, ainda, a redução do mesmo prazo em cinco anos, caso estabelecido no imóvel usucapiendo a moradia habitual do proponente, ou nele tiverem sido realizadas obras ou serviços de caráter produtivo (art. 1.238, § único e art. 1.239, § único).

Esclarece **CARLOS ALBERTO DABUS MALUF** que essa possibilidade de redução do prazo foi introduzida visto que "a propriedade tem de cumprir sua função social, e o possuidor não pode esperar, por longo tempo, para adquirir o domínio pela prescrição aquisitiva; do contrário, seria beneficiado o proprietário negligente".[129]

Para **ANTONIO JEOVÁ SANTOS** a diminuição dos prazos "representa uma realização do princípio da função social", a demonstrar o ótimo acolhimento do *status* constitucional pelo Código Civil de 2002.[130]

---

[127] RT 525/215, 526/33 e 495/234.
[128] Referindo-se, é claro, quanto ao início da vigência do Código Civil de 1916, que se deu em 1º de janeiro de 1917.
[129] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MONTEIRO, Washington De Barros. *Op. cit.*, p. 124.
[130] *Direito Intertemporal e o Novo Código Civil*, RT, 2004, p. 150.

3. DIREITO À PROPRIEDADE.

3.1. Histórico dos Direitos Humanos Fundamentais.

Como é bem sabido, os Direitos Humanos Fundamentais são modelos jurídicos complexos e surgem exatamente da tensão entre os fatos e complexos de valores. À medida que se alteram os costumes, o contexto histórico, a própria ciência e tecnologia, surgem "novos" direitos fundamentais.

Os Direitos Humanos Fundamentais têm raízes na cultura ocidental, que se caracteriza predominantemente pelo humanismo, diferentemente da cultura oriental, cujo foco é centrado no social, no coletivo, e não no individual. Daí muitas vezes surge à crítica de que os "direitos humanos", como hoje conhecidos, não seriam universais, já que fundamentados basicamente na cultura ocidental.

É exatamente com o Iluminismo que surge a idéia de que os homens possuem direitos inalienáveis, já que o ser humano é um ente natural, dotado de direitos - à vida, à propriedade, à liberdade - anteriores ao Estado. Ou seja, de que não pode o Estado suprimir estes direitos, o ordenamento pode apenas organizar estas idéias.

Por didática e similitude, tem-se que os Direitos Humanos Fundamentais podem ser divididos em três dimensões. KAREL VASAK, na aula inaugural de 1979 dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, define os direitos de primeira, da segunda e da terceira dimensão, como direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade, respectivamente.[131]

No século XVIII, surgem os chamados direitos de "primeira dimensão" (direitos da liberdade – liberdades públicas), os primeiros a constar do instrumento normativo constitucional. São declarados, não constituídos - reforçando a tese jusnaturalista-, inicialmente, na Declaração dos Direitos do Homem (França - 1789), sendo caracterizados

---

[131] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 24ª edição, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 563-564.

como "naturais, inalienáveis e sagrados", tidos também como imprescritíveis, abrangendo a liberdade, a *propriedade*[132], a segurança e a resistência à opressão.

Os direitos de primeira dimensão têm por titular o indivíduo e são oponíveis ao Estado, entrando na categoria do *status* negativo da classificação de JELLINEK. Traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam grande subjetividade, são, enfim, direitos de resistência ou de oposição perante o Estado[133].

NORBERTO BOBBIO, em sua obra *Era dos Direitos*, aduz que

> (...) quanto à propriedade, que o último artigo da Declaração considera um "direito inviolável e sagrado", ela se tornará alvo das críticas dos socialistas e irá caracterizar historicamente a Revolução de 1789 como revolução burguesa. Sua inclusão entre os direitos naturais remontava a uma antiga tradição jurídica, bem anterior à afirmação das doutrinas jusnaturalistas. Era uma conseqüência da autonomia que, no direito romano clássico, era desfrutada pelo direito privado em relação ao direito público, da doutrina dos modos originários de aquisição da propriedade (através da ocupação e do trabalho) e dos modos derivados (através do contrato e da sucessão), modos – tanto uns como outros – que pertenciam à esfera das relações privadas, que se desenvolviam fora da esfera pública. Ao contrário do que hoje se poderia pensar, depois das históricas reivindicações dos não-proprietários contra os proprietários, guiadas pelos movimentos socialistas do século XIX, o direito de propriedade foi durante séculos considerado como um dique – o mais forte dos diques – contra o poder arbitrário do soberano. [134]

Preleciona **PAULO BONAVIDES**,

> (...) se hoje esses direitos parecem já pacificados na codificação política, em verdade se moveram em cada país constitucional num processo dinâmico e ascendente, entrecortado não raro de eventuais recuos, conforme a natureza do respectivo modelo de sociedade, mas permitindo visualizar a cada passo uma trajetória que parte com freqüência do mero reconhecimento formal para concretizações parciais e progressivas, até ganhar a máxima amplitude nos quadros consensuais de efetivação democrática de poder.[135]

No século XIX, com a Revolução Industrial e o conseqüente aumento da classe proletária, surgem várias revoltas por toda a Europa (sindicalismo, anarquismo, entre

---

[132] O direito à propriedade está previsto na Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. XVII – "1. Todo homem tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade").
[133] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 24ª edição, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 563-564.
[134] BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 108.

outras) que induzem o aparecimento dos "direitos de segunda dimensão". São os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social. "Nascem abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula".[136]

Com os direitos de segunda dimensão procura-se ampliar a "liberdade" obtida com a Declaração dos Direitos do Homem, com o objetivo de que esta deixe de ser "formal" e passe a ser "material", no sentido de que todos (inclusive os hipossuficientes) tenham condições de se desenvolver plenamente, ou seja, que os direitos de primeira dimensão sejam concretizados a todos.

Em virtude desse objetivo, ao contrário dos direitos de primeira dimensão, possuem conteúdo positivo, exigindo do Estado uma atuação, da qual advém dificuldades para a concretização, muitas destas de ordem política (questões orçamentárias, principalmente), não estando, portanto, ainda totalmente pacificados.

Entretanto, como salientado por **PAULO BONAVIDES**,

> Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. De tal sorte que os direitos fundamentais da segunda geração tendem a tornar-se tão justificáveis quanto os da primeira. Pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma. Com efeito, até então em quase todos os sistemas jurídicos, prevalecia a noção de que apenas os direitos de liberdade eram de aplicabilidade imediata, ao passo que os direitos sociais tinham aplicabilidade mediata, por via do legislador.[137]

Após larga discussão filosófica e política, passaram a acrescer a todas as constituições do segundo pós-guerra, entre elas, a Constituição Mexicana (1917), a Constituição de Weimar (1919), a Declaração do Homem Trabalhador (1918 – URSS).

---

[135] BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 564.
[136] BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 564.
[137] BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 564.

Já os direitos de "terceira dimensão" buscam a proteção dos direitos difusos, que não se destinam à proteção específica dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. São eles: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado, o direito de *propriedade* sobre o patrimônio comum da humanidade, o direito à autodeterminação dos povos e o direito de comunicação. Há uma ampliação de atuação para o campo da humanidade, da coletividade, independentemente da sua localização, muito em razão da própria globalização, que, com a circulação de bens, serviços e pessoas, derrubou barreiras, flexibilizou o conceito de fronteira, de soberania nacional. A globalização também se deu quanto à difusão de culturas, políticas, crenças, visto que o homem percebeu que o mundo é único, que todos são interligados, que o destino da humanidade é comum.

Tem-se, portanto, que os direitos da solidariedade (ou da fraternidade) são comuns a todos, não visam garantir o indivíduo contra o Estado (1ª dimensão), ou garantir os indivíduos contra outros indivíduos (2ª dimensão), mas sim garantir a humanidade contra a humanidade.

PAULO BONAVIDES acredita ainda em uma quarta dimensão, na qual estariam os direitos à democracia, à informatização e ao pluralismo.[138]

Vê-se logo que a dificuldade de implementação dos direitos humanos fundamentais não está na falta de positivação, já que quase todas as Constituições contêm as normas e os princípios acima mencionados. O grande problema está na sua efetivação, no conflito entre os próprios direitos humanos e na sua proteção.

Com efeito, como disserta **NORBERTO BOBBIO**,

> (...) o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.[139]

---

[138] BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 571.
[139] BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 45.

É exatamente nesse ponto que cabe analisar qual o direito fundamental deve prevalecer quando do cotejamento do direito à propriedade e o direito à moradia[140], o que se procura fazer a seguir.

3.2. Fundamento jurídico do direito à propriedade.

Interessa a presente dissertação analisar o fundamento jurídico do direito à propriedade. Existem diversas discussões acerca deste, as correntes principais são: teoria da ocupação, da lei, da especificação e da natureza humana.

Segundo **WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO** e **CARLOS ALBERTO DABUS MALUF**, a teoria da ocupação é mais antiga. Os que a ela aderem acreditam que está na ocupação o fundamento do direito de propriedade, ou seja, no simples ato do homem de transformar aquilo que se encontrava na natureza a um objeto com valor econômico e cultural, enriquecendo o patrimônio da nação.[141]

No entanto, essa teoria não pode ser considerada correta, uma vez que afirma apenas um fato, sendo que, conforme lecionam **WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO** e **CARLOS ALBERTO DABUS MALUF**:

> (...) a propriedade só pode surgir sob o império de legislação que já pressuponha a propriedade individual, que a organize devidamente e inclua a ocupação entre os respectivos modos de adquiri-la. A ocupação, modo de adquirir a propriedade, não basta assim para justificar o direito de propriedade, porque os modos de adquirir um direito necessariamente pressupõem a preexistência desse direito, capaz de ser adquirido por um daqueles meios.[142]

---

[140] FRANCISCO LOUREIRO faz o mesmo exercício e menciona que "(...) avultam, para o estudo do presente tema, o da dignidade da pessoa humana, o do prestígio do valor social do trabalho, o objetivo de erradicar a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais e regionais. (...) Entre as condições idôneas ao desenvolvimento da personalidade, certamente está o direito à habitação em local razoável e dotado de equipamentos mínimos destinados a garantir a higidez física e mental da pessoa. É por isso que não há como desligar, nem por um só momento, o bem-estar dos habitantes da cidade, previsto no capítulo da política urbana, dos direitos fundamentais da pessoa, voltados à garantia da dignidade, prestígio do trabalho e erradicação da pobreza" (in *Usucapião individual de coletivo no Estatuto da Cidade*, Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v.09, p. 27).

[141] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 78-79.

[142] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 78-79.

Já a teoria da lei, como o próprio nome induz, crê que a propriedade é uma concessão do direito positivo, que existe porque uma lei foi criada e assim dispôs. Entre seus defensores podemos elencar HOBBES, BOSSUET, MIRABEU, BENJAMIN CONSTANT e BENTHAM.[143] A maior crítica a esta teoria é que ela se funda basicamente na vontade humana, já que, da mesma forma que o legislador criou a propriedade, poderia suprimi-la ou reinventá-la. **WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO** e **CARLOS ALBERTO DABUS MALUF** assinalam que

> (...) por isso mesmo, procurou-se situá-la acima das leis, reconhecendo-se ao legislador, tão-somente, não o poder de criar ou de destruir o direito de propriedade, mas o de regular-lhe o exercício. A propósito, frisava TAINE que não foi a sociedade que criou a propriedade, mas a propriedade que criou a sociedade, pela reunião dos proprietários, unidos para defendê-la.[144]

Pela teoria da especificação tem-se que não é a simples apropriação da coisa ou do objeto da natureza que fundamenta o direito à propriedade, mas sim sua transformação por meio do trabalho humano. Ainda segundo **WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO** e **CARLOS ALBERTO DABUS MALUF**, com arrimo da lição de PLANIOL, essa teoria é

> (...) falsa, porque o trabalho deve ter por recompensa o salário e não a própria coisa por ele produzida (...) se o trabalhador, por força de um direito, se tornasse proprietário da coisa produzida, ou sobre a qual houvesse anteriormente exercido sua atividade, o trabalho de diversas pessoas, concentrando-se sobre a mesma coisa, como na fábrica ou na usina, em que se verifica larga distribuição de trabalho, ou especialização deste, ocasionaria várias espoliações sucessivas, ou justaposição de múltiplas propriedades sobre o mesmo objeto.[145]

Por fim, a teoria da natureza humana entende que a propriedade é inerente à própria natureza humana, representando a condição de existência e de liberdade de todo homem.

> No dizer de LAURENT, constitui expressão e garantia da individualidade humana, pressuposto e instrumento do nosso desenvolvimento intelectual e moral. As coisas com valor econômico são apropriadas, produzidas e transformadas para servir aos fins individuais. Não poderia o ser humano realizá-los se não tivesse aquelas coisas à sua disposição, ou sob o seu domínio.[146]

---

[143] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 79.
[144] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 79.
[145] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 80.

Assim, **WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO** e **CARLOS ALBERTO DABUS MALUF** concebem que "o direito de possuir bens individualmente não provém da lei dos homens, mas da natureza; a autoridade pública não pode aboli-lo, porém, somente regular o seu uso e acomodá-lo ao bem do homem".[147]

Ainda, para **JOSÉ AFONSO DA SILVA**,

> (...) o regime jurídico da propriedade tem seu fundamento na Constituição. Esta garante o direito de propriedade, desde que atenda à sua função social. Se ela diz que 'é garantido o direito de propriedade' (art. 5º, XXII) e que 'a propriedade atenderá a sua função social' (art. 5º, XXIII), não há como escapar ao sentido de que só garante o direito da propriedade que atenda à sua função social. A própria Constituição dá conseqüência a isso quando autoriza a desapropriação, com pagamento mediante títulos, de propriedade que não cumpra a sua função social (arts. 182, §4º, e 184). Existem outras normas constitucionais que interferem com a propriedade mediante provisões especiais (arts. 5º, XXIV-XXX, 170 II-III, 176-178 182-186, 191 e 222). [148]

Para ele,

> (...) esse conjunto de normas constitucionais sobre a propriedade denota que ela não pode mais ser considerada com um direito individual, nem como instituição do direito privado. Por isso, deveria ser prevista apenas como uma instituição de ordem econômica, como instituição de relações econômicas, como nas Constituições da Itália (art. 42) e de Portugal (art. 62). É verdade que o art. 170 inscreve a propriedade privada e a sua função social como princípios de ordem econômica (incisos II e III). Isso tem importância, porque, então, embora prevista entre os direitos individuais, ela não mais poderá ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e seu significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim: 'assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social'. Se é assim, então a propriedade privada – que, ademais, tem que atender à sua função social – fica vinculada à consecução daquele princípio. [149]

NORBERTO BOBBIO, na mesma linha de pensamento, acrescenta que

> (...) foi THOMAS HOBBES, talvez o mais rigoroso técnico do absolutismo, que teve a audácia de considerar como uma teoria sediciosa (e, portanto, merecedora de condenação num Estado fundado nos princípios da razão) a que afirma que os cidadãos têm a propriedade absoluta das coisas que estão sob sua posse.[150]

---

[146] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 80.
[147] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 80-81.
[148] *Comentário Contextual à Constituição*, p. 72.
[149] *Comentário Contextual à Constituição*, p. 72-73.
[150] BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 108.

Ou seja, embora o direito à propriedade esteja arrolado como um direito humano fundamental, não se pode fazer sua leitura como se ele fosse absoluto, como outrora fora catalogado por **NAPOLEÃO BONAPARTE**[151], e transferido para o direito brasileiro, através do Código Civil de 1916.[152][153]

O direito à propriedade, como já dito, foi incluído no rol dos direitos de primeira dimensão para a proteção dos súditos contra os suseranos, de forma a manter a ordem, de forma a perpetuar a existência do Estado.

Sobre o tema **SÍLVIO DE SALVO VENOSA** expõe o seguinte:

> (...) percebemos que o ordenamento protege certos direitos subjetivos perante terceiros, como forma de harmonizar a convivência social. Este o grande sentido dos direitos reais. O vínculo entre a pessoa e a coisa é útil para o Estado, o qual procura manter equilibrada a sociedade. Disso decorre a ductibilidade política do conceito de propriedade. A orientação política do Estado, com maior ou menor liberdade individual, com maior ou menor igualdade social, ditará o âmbito de proteção dos direitos subjetivos com relação às coisas. Portanto, na estrutura do Estado situa-se o âmbito dos direitos reais, mesmo porque, em nosso ordenamento, somente a lei pode criá-los. Assim, como pode criá-los, cabe ao legislador ampliar ou restringir seu uso e gozo, ou seja, o direito subjetivo. Nesse sentido, os direitos reais em um sistema liberal-individualista serão diversos daqueles de um sistema social-intervencionista.[154]

No entanto, atualmente, não pode mais assim ser visto. O direito à propriedade hoje é mais nobre, mais dinâmico, deve conter todas as características impingidas com o passar do tempo, deve ser justo, ecologicamente correto, sustentável. **NEWTON DEBS** comenta que

---

[151] O Código de Napoleão erigiu a propriedade à categoria jurídica com um dos seus alicerces: *"le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'est fasse pás unusage prohibé par lês lois ou par lês règlements"*.

[152] Art. 524. "A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente o possua", e Art. 527. "O domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário".

[153] "Os sistemas civis derivados do Código Napoleão, como o nosso, tinham no patrimônio seu principal acento, com regras que destinavam a assegurar a manutenção e livre circulação das riquezas, como o contrato e a livre manifestação da vontade das partes e a propriedade, concebida como direito absoluto" (in DEBS, Newman. *Aquisição e perda da propriedade – Usucapião: Roupagem dada pelo Novo Código Civil*, (*in Revista dos Tribunais*, ano 92, maio de 2003, v. 811, p. 24).

[154] *Direito Civil – Direitos Reais*, 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 12-13.

> Algumas vozes têm se manifestado no sentido de que o direito da propriedade ficou seriamente comprometido com o novo Código Civil, mormente em função da criação de uma nova modalidade de usucapião, abrigada pelos §§ 4º e 5º do art. 1.228. (...) Não se aboliu, é bom dizer, a garantia constitucional do direito de propriedade, fundamento da nossa sociedade capitalista. A mesma continua tendo *status* de garantia individual, conforme o art. 5º, XXII, da CF. Só se abriu espaço para a implantação de novas regras que vivificam, no território dos direitos reais, o axioma constitucional da dignidade de todas as pessoas humanas. Em outras palavras, buscou o legislador dignificar o direito de propriedade, deixando de considerá-lo intocável, destinado única e exclusivamente a atender os interesses de seu titular.[155]

Nas palavras de **PATRÍCIA FAGA IGLECIAS LEMOS**,

> (...) trata-se da superação do modelo da propriedade absoluta, caminhando para a chamada 'propriedade-usufruto', desenhada para gerar benefícios econômicos, sociais e ambientais duradouros e de longo prazo, considerando-se as gerações presentes e futuras.[156]

Entretanto, nem por isso, deve ser o direito à propriedade extinto, ao contrário, como bem colocam **WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO** e **CARLOS ALBERTO DABUS MALUF** deve ser preservado, uma vez que

> (...) a propriedade é um fato histórico, que remonta à mais alta Antigüidade. Preexiste às leis que a regulam presentemente. Sua organização atual resulta de constante evolução. Como a família ou o casamento, a propriedade corresponde a uma força social, que se desenvolve em meio de perenes vicissitudes. Por esse motivo, não se deve nela tocar irrefletidamente, porque a experiência comprova que se não rompe impunemente com o passado. Além disso, a propriedade tem justificada sua sobrevivência pelos incontestáveis serviços prestados à humanidade. Pode se concluir, portanto, que ela representa necessidade econômica para as sociedades civilizadas e que se impõe ao legislador e ao jurista.[157]

3.3. Função social da propriedade.

O Código Civil de 2002, no art. 1.231, reconhece, expressamente, que a propriedade possui caráter absoluto[158] e é direito exclusivo[159], *in verbis*: "a propriedade

---

[155] *Aquisição e perda da propriedade – Usucapião: Roupagem dada pelo Novo Código Civil*, *in Revista dos Tribunais*, ano 92, maio de 2003, v. 811, p. 26.

[156] *Reflexos da consagração da função sociambiental da propriedade no Código Civil de 2002*, *in* Revista do Advogado, Ano XXVIII, Junho de 2008, n.º 98, *Novo Código Civil: Cinco Anos de vigência*, AASP.

[157] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 81.

[158] "O proprietário pode dispor da coisa como entender, sujeito apenas a determinadas limitações, impostas no interesse público ou pela coexistência do direito de propriedade dos demais indivíduos" (in MALUF, Carlos Alberto Dabus; MONTEIRO, Washington de Barros, *Op. cit.*, p. 86).

presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário". Também é irrevogável, já que "uma vez adquirida, a propriedade em regra não pode ser perdida senão pela vontade do proprietário, subsiste independentemente de exercício, enquanto não sobrevier causa extintiva".[160]

Por sua vez, o art. 1.228, do Código Civil, dispõe que:

> O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.
> §1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem com 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.
> §3º O proprietário pode ser privado da coisa nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente (...).

Ou seja, instituiu-se que o direito de propriedade, dantes absoluto e exclusivo, ora deve ser exercido de modo a respeitar as finalidades econômicas (i.e., produção de frutos, civis ou jurídicos, moradia etc.)[161] e sociais, a flora, fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico, o patrimônio histórico e artístico, evitando-se a poluição do ar e das águas, sob pena da própria extinção do direito.

---

[159] "A mesma coisa não pode pertencer com exclusividade e simultaneamente a duas ou mais pessoas. O direito de um sobre determinada coisa exclui o direito de outro sobre essa mesma coisa (*duorum vel plurium dominium in solidum esse non potest*)". (in MALUF, Carlos Alberto Dabus; MONTEIRO, Washington de Barros, *Op. cit.*, p. 86).

[160] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 86.

[161] Quanto ao tema, NEWMAN DEBS desenvolveu o seguinte pensamento: "(...) é tentador responder que não desempenha função econômica alguma a propriedade totalmente ociosa, vale dizer, a não usada, nem explorada, por qualquer maneira, direta ou indireta, pelo proprietário. Em contrapartida, porém, há de se reconhecer o direito do proprietário de não se usar sua propriedade porque, por exemplo, não tem condições de implementar-lhe benfeitorias necessárias à viabilização de seu uso. Embora, visivelmente, neste exemplo, a propriedade não esteja a desempenhar função econômica, tal ocorre não em função da vontade de seu titular, mas sim em decorrência de situação alheia à sua vontade. (...) Do ponto de vista do direito científico, tendemos a interpretar a regra da conformidade do uso da propriedade à satisfação de suas finalidades econômicas segundo as situações de fato que se apresentarem, e não de maneira fria, impessoal. Assim sendo, razões de foro íntimo, condição econômica dos agentes e demais características especiais devem ser levadas em consideração na aferição da adequação ou não do uso da propriedade" (*Aquisição e perda da propriedade – Usucapião: Roupagem dada pelo Novo Código Civil*, (*in Revista dos Tribunais*, ano 92, maio de 2003, v. 811, p. 27-28).

Para **NEWMAN DEBS**, as alterações sofridas pelo Código Civil, refletem, ainda que tardiamente,

> os princípios da República brasileira, insculpidos na Constituição Federal, como a valorização da dignidade da pessoa humana e da melhoria institucional da condição de vida dos cidadãos. (...) Especificamente no que tange ao direito de propriedade, (...) esta deixa definitivamente de ser aquele direito absoluto e passa a constar com um novo requisito no plano da validade: o desempenho de uma função social.[162]

Decerto, a Constituição Federal de 1988 já garantia, em seu art. 5º, XXII, o direito à propriedade, subordinando-o à sua função social[163] (artigo 5º, XXIII), primando pela supremacia do interesse coletivo ao individual, o que não era refletido no Código Civil de 1916.

A função social diz respeito tanto ao fundamento da atribuição deferida ao particular, como ao modo em que concretamente vem a ser determinado o conteúdo. Somente é considerada cumprida quando, simultaneamente, atende a seu aproveitamento racional e adequado, à utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, à exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e trabalhadores (art. 186, I a IV).[164][165]

CRISTIANE DERANI bem coloca que "é na dinâmica da escolha dos meios, da sua disposição e do resultado obtido que é preenchido o princípio da função social da propriedade"[166], indicando que a palavra "função" significa, na realidade, conteúdo.

---

[162] *Op. cit.*, p. 25.

[163] "A doutrina da função social da propriedade surge agora pela primeira vez na histórica jurídica brasileira em sede de Código Civil, muito embora já fosse previamente existente no sistema jurídico brasileiro, em nível constitucional, com esta nomenclatura, desde a EC n. 1/69, e sob a rubrica de 'bem-estar social', desde a CF/46 (art. 147, CF/46: 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). Posteriormente, foi integrada ao nível de legislação ordinária pelo estatuto da terra – Lei 4.505/64 – e reiterada na Carta Magna de 1988" (in DEBS, Newman, *Op. cit.*, p. 25).

[164] MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Direitos reais. Novo Código Civil Brasileiro. O que muda na vida do cidadão,* p. 79.

[165] Para NEWMAN DEBS, "em termos de propriedade imobiliária agrária, a função social consiste em atender simultaneamente os requisitos da produção (uso racional e adequado), da ecologia (preservação e conservação dos recursos naturais) e sociais (respeito aos direitos trabalhistas), nos termos do que dispõe o art. 186 da CF" (in *Op. cit.*, p. 25).

[166] *A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da função social*, in *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 7, nº 27, jul/set de 2002, p. 58-69.

PATRÍCIA FAGA IGLECIAS LEMOS sintetiza o pensamento, concluindo que "com isso, o direito de propriedade deixa de ser um direito-garantia do proprietário e passa ser um direito-garantia da sociedade", possibilitando "impor ao proprietário comportamentos positivos, obrigação de fazer, bem como comportamentos negativos, obrigação de não-fazer".[167]

Esta situação pode ser observada em outros países, dentre eles na Espanha, como bem coloca **VICENTE L. MONTÉS**, pelo qual a função social da propriedade, em termos operativos, pode ser traduzida em três pressupostos: (i) *falta de atribución de determinadas facultades*; (ii) *complejo de condicionamientos para el ejercicio de las facultades atribuidas*; (iii) *obligación – o deber – de ejercicio de determinadas facultades*. O referido autor complementa o pensamento, aduzindo que

> (...) En el fondo, cualquiera de los llamados "límites" o de los denominados "deberes" que se dicen derivados de la función social, caben en la triple distinción que hemos apuntado. No de otro modo se ha de entender una "delimitación de contenido", ya que forzosamente hemos de pensar que contenido de los derechos – o mejor, diríamos – de las situaciones jurídicas, han de ser concretas posibilidades de actuación o las concretas reglas de conducta que de ellas derivan para las personas afectadas. Y esta modulación de contenido la impone la ley por razón de que los derechos se atribuyen contemplando al titular como miembro de la comunidad, como consecuencia de lo que se ha llamado *principio de solidaridad*. A ello obedece el calificativo de "social". Por una parte, va indicando que la propiedad no es un *prius*, un dato anterior al Estado. Por otra parte, que el individuo ni vive aislado ni puede pretender que su interés egoísta prime siempre sobre los demás intereses coincidentes. De ahí que, mientras hay en los Códigos civiles, límites que condicionan y subordinan la tutela de un interés, que se expresa en la figura del derecho subjetivo, a la consecución de una finalidad heterogénea respecto del interés individual, la función social se dirija primordialmente a la realización del interés de la comunidad, tratando de dirigir la voluntad del titular a la realización de fines superindividuales, bajo la pena de una eliminación o de una paralización de la tutela del interés individual.[168]

Já no Direito brasileiro, não se pode esquecer que há também a norma constitucional que traça a política urbana e visa à força o proprietário a atribuir ao seu bem de raiz a destinação condizente com o interesse social urbano, devidamente estabelecida no

---

[167] *Reflexos da consagração da função sociambiental da propriedade no Código Civil de 2002*, *in* Revista do Advogado, Ano XXVIII, Junho de 2008, n.º 98, *Novo Código Civil: Cinco Anos de vigência*, AASP.

[168] *La propiedad privada en el Sistema del Derecho civil contemporáneo – Un estudio evolutivo desde el Código Civil hasta la Constitución de 1978*, Madrid: Editorial Civitas S.A., 1980, p. 184-185.

Plano Diretor. Esta destinação, a ser compulsoriamente determinada pelo Poder Público municipal, não pode, a bem do princípio da propriedade privada, adotada pela Carta Magna em 1988, ultrapassar os limites previstos no próprio art. 182, §4º,[169] atingindo bens edificados e utilizados.

Para **CELSO RIBEIRO BASTOS**,

> (...) o conceito constitucional de propriedade é mais lato do que aquele de que se serve o direito privado. A liberdade de uso e fruição hoje vê-se, em muitos casos, transformada em dever de uso. É um desdobramento sem dúvida importante do moderno direito de propriedade. À luz das concepções atuais não há por que fazer prevalecer o capricho e o egoísmo quando é perfeitamente possível compatibilizar a fruição individual da propriedade com o atingimento de fins sociais.[170]

Para ele,

> (...) o liberalismo não consagra a propriedade como privilégio de alguns, mas sim, acredita ser a gestão individual do objeto do domínio a melhor forma de explorá-lo, gerando destarte o bem social. Este não é senão um subproduto natural e espontâneo da livre atuação humana que, motivada pela recompensa que pode advir da exploração do bem, sobre ele exerce uma criatividade e um trabalho sem equivalente nos países que a renegam. Portanto, há uma perfeita sintonia entre a fruição individual do bem e o atingimento da sua função social.[171]

Pela concepção clássica de propriedade tinha-se que, independentemente do seu não-uso, o direito era perpétuo. Hoje, tem-se como característica o uso econômico da coisa,

---

[169] Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.
§1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.
§2º A propriedade urbana cumpre sua função social quanto atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.
§3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.
§4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova o seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente de:
I – parcelamento ou edificação compulsórios;
II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;
III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.
[170] *Curso de Direito Constitucional,* p. 216-217.
[171] *Curso de Direito Constitucional*, p. 217.

sem ele a propriedade se esvai; e é exatamente isto que a função social objetiva, coibir o uso degenerado da propriedade a ponto de colocar o seu titular em conflito com as normas jurídicas que a protegem.

Nada mais degenerado do que o abandono de um imóvel, do que a sua não utilização ou mesmo a sua utilização indevida. Nada mais justo do que privilegiar aquele que, mesmo não sendo dono, trata o imóvel como se seu o fosse, por isso, considera-se como um dos mais nobres institutos o usucapião, já que é através dele que se possibilita ao possuidor, desde que acolhidos todos seus requisitos, por óbvio, a obtenção da propriedade em razão do seu cuidado.

Sob esse aspecto, **WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO** e **CARLOS ALBERTO DABUS MALUF** prelecionam que, "inegável a utilidade do usucapião, pois, decisivamente, contribui para a consolidação da propriedade, sendo assim poderoso estímulo para a paz social".[172]

BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO assevera que

> (...) à primeira vista, parece que o direito de propriedade é ofendido quando o possuidor passa a ocupar o lugar do proprietário, ficando este despojado de seu direito de *dominus*. Formaram-se duas linhas de opiniões: a subjetiva e a objetiva. A primeira que fundamenta o usucapião na passividade do proprietário, na presunção de que há o ânimo de renúncia ao direito da propriedade, enquanto a segunda corrente – a objetiva – fulcra-se na utilidade social, na conveniência de se dar segurança e estabilidade à propriedade, bem como consolidar as aquisições e facilitar a prova de domínio.[173]

Com efeito, a teoria objetiva é a que melhor reflete os princípios de direito. Isto porque, conforme ensina **CLÓVIS BEVILÁQUA**, o usucapião tem como fundamento o respeito às situações desenvolvidas e consolidadas pelo tempo. Para ele, a prescrição é uma regra de ordem, de harmonia, de paz, imposta pela necessidade da certeza nas relações jurídicas.[174]

---

[172] *Op. cit.*, p. 130.
[173] RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*, v. 01, p. 157.
[174] BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil*, cit., v. 1, comentários ao art. 161, obs. n. 1.

Portanto, tem-se que a necessidade, ou melhor, a ordem social é o fundamento do usucapião[175], não se olvidando nunca da função social da propriedade.

Claro é está que cada caso deverá ser analisado individualmente, para que situações de foro íntimo, características especiais e até mesmo as condições econômica dos agentes (ora, e se o proprietário não tem momentaneamente as condições financeiras para impingir o melhor desempenho econômico da sua propriedade, poderá ele ser expropriado simplesmente?), não sejam deixadas de lado quando do cotejamento dos direitos questionados na demanda.

[175] Máximas do Direito Romano: *vigilantibus et non dormientibus succurrit ius* (o direito protege aos que estão alertas e não aos que dormem); *jura vigilantibus subveniunt* (o direito protege aos que vigiam).

4. DA POSSE.

De acordo com **JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES**,

> (...) a disciplina da posse no mundo moderno não se assenta exclusivamente no direito romano. Ela sofreu, também, influência, maior ou menor, do instituto correspondente no direito germânico medieval – a *Gewere* – e do conceito de posse plasmado, embora com base nos textos romanos, pelos canonistas. Resultou, portanto, da combinação de elementos históricos heterogêneos, que se mesclaram por motivos de ordem étnica (costumes dos povos bárbaros que invadiram o Império Romano do Ocidente), religiosa (a influência do direito canônico sobre o direito laico) e cultural (a recepção do direito romano na Europa, no período compreendido entre os séculos XIII e XV).[176]

A posse, nas palavras de **ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO**, "exprime uma situação na qual uma pessoa tem o controlo material duma coisa". Para ele,

> (...) A ocorrência "controlo material" analisa-se em duas proposições:
> - uma pessoa – o possuidor – exerce, ou pode exercer, a sua actividade sobre uma coisa corpórea, de modo a, dela, retirar – ou poder retirar – as vantagens que, pela sua natureza, ela possa proporcionar;
> - essa mesma pessoa está em condições de excluir qualquer outra, desse aproveitamento.
>
> Uma situação deste tipo – que, de resto, nem é apanágio dos seres humanos – não pode deixar de ter conseqüências de Direito. O Direito pode, em abstracto, tomar, perante o controlo material considerado, uma de duas posturas:
> - ou protege esse controlo, considerando-o como estatuição normativa, produto, pois, da aplicação de normas jurídicas;
> - ou, independentemente de haver protecção, toma-o como ponto de partida para a aplicação de novas regras.
>
> No primeiro caso, o controlo material surge como um direito subjectivo ou como o conteúdo de um – ou mais – direitos subjectivos; no segundo, esse controlo é um facto jurídico.[177]

Sobre defesa de um Estado de aparência, interessante é o pensamento de **SILVIO DE SALVO VENOSA**:

> Sem a credibilidade da sociedade nos estados de aparência, inviável seria a convivência. A cada instante, defrontamos com situações aparentes que tomamos como verdadeiras e corretas. Assim, não investigamos se cada empregado de um estabelecimento bancário possui relação de trabalho com a instituição para nos dar quitação a pagamento que efetuamos; não perguntamos ao professor que adentra a sala de aula e inicia sua preleção se ele foi efetivamente contratado pela

---

[176] *Posse, I: Introdução histórica*, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 02.
[177] *A Posse: Perspectivas Dogmáticas Actuais*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2005, p. 07.

> escola para essa função; não averiguamos se o motorista que dirige o táxi ou ônibus que utilizamos é habilitado, e assim por diante. Se a sociedade não pode prescindir da aparência para sua sobrevivência, o Direito não pode furtar-se de proteger estados de aparência, sob determinadas condições, porque se busca, em síntese, a adequação social. Sempre que o estado de aparência for juridicamente relevante, existirão normas ou princípios gerais de direito a resguardá-lo. Não é, no entanto, a aparência superficial que deve ser protegida, mas aquela exteriorizada com relevância social e conseqüentemente jurídica.[178]

Depreende-se daí a importância ao estudo do instituto da posse, como forma de exteriorização da propriedade, bem como requisito *sine qua non* para a concretização do usucapião.

Mas, antes disso, é necessário esclarecer o que pode ser objeto de posse no direito brasileiro. Como já dito, tanto no direito alemão, quanto no português, somente pode ser objeto de posse os bens corpóreos.

JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES enfatiza que

> Conforme a tese que se adote com referência à evolução da posse na época pré-clássica, inclusive no tocante à distinção, ou não, entre *usus* e *possessio*, a posse naquele período, ou tinha por objeto, de início, coisas, pessoas e direitos, ou era senhoria de fato apenas sobre coisas corpóreas (*ager publicus*, imóveis privados, e, finalmente, coisas móveis). No direito clássico, objeto da posse é somente coisa corpórea, desde que preencha os seguintes requisitos: a) esteja *in commercio*; e b) tenha individualidade própria. (...) No direito justianeu, contrapondo-se à posse sobre coisa corpórea (*possessio rei*), surge a posse de direito (*possessio iuris*), não mais se restringindo, portanto, a posse às coisas corpóreas.[179]

No Brasil, os artigos que tratavam do assunto, "o atual e o art. 485, do Código Civil de 1916, não eram explícitos a respeito do objeto material suscetível de comportar posse", de toda forma, para **ARRUDA ALVIM**,

> Posse, todavia, deve ter como objeto aquilo que está conceituado como sendo o objeto do direito de propriedade, no plano do direito civil, e à luz da longa tradição – ainda que para o direito de propriedade seja necessário estender a noção aos bens incorpóreos. Se no art. 1.228, *caput*, há referência, em relação à reivindicatória para obtenção da coisa pelo proprietário, disto deflui – até mesmo sistematicamente – que o objeto da posse são as coisas corpóreas. [180]

---

[178] *Op. cit.,* p. 25.
[179] *Op. cit.*, p. 45-46.
[180] *Op.cit.*, p. 13.

O mesmo autor esclarece que existe uma tendência, verificada, inclusive, na redação do Projeto de Lei apresentado pelo Deputado Léo Alcântara à Câmara dos Deputados (Projeto nº 276/2007)[181], a estender a posse a também outras realidades, "que não são coisas propriamente ditas, mas que como tais possam ser consideradas pela ordem jurídica".[182]

Não é de hoje, contudo, o entendimento de que a posse pode se estender aos bens de natureza incorpórea[183]. Sobre o tema, **ARRUDA ALVIM** aduz que

> (...) foi somente no direito medieval que houve um alargamento no conceito da posse para estender a aplicação dos interditos aos bens de natureza incorpórea, mas precisamente, a situações pessoais. Aliás, os principais defensores da posse sobre direitos pessoais defendem suas teses com base no desenvolvimento ocorrido no direito canônico na Idade Média. Estendeu-se a *possessio iuris* para os direitos em geral e não apenas aos *ius in re aliena*. Diz SAVIGNY, a esse propósito: "No direito romano a posse relacionava-se apenas com a propriedade e seus desmembramentos, em seguida (...) a mesma deveria estender-se, em geral, a todos os direitos possíveis".[184]

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO e **CARLOS ALBERTO DABUS MALUF** afirmam que

> No Brasil, anteriormente ao Código Civil de 1916, sustentava Rui que a posse se estende aos direitos pessoais. Depois dele, numerosos juristas, do mais alto valor, adotaram o mesmo ponto de vista, por ter o art. 485 do Código Civil de 1916, que não diverge do art. 1.196 do Código Civil de 2002, intencionalmente, incluído o vocábulo propriedade na conceituação do possuidor. (...) Ora, a propriedade, no sentido rigorosamente técnico, vai além dos direitos reais sobre coisas corpóreas; portanto, se não fosse intenção do legislador ampliar a posse aos direitos pessoais, teria dito simplesmente: considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio.[185]

---

[181] Aqui cumpre enfatizar que a expressão "bem da vida" utilizada no referido projeto não é considerada adequada por ARRUDA ALVIM, uma vez que "dado que o objeto material da posse são as coisas, tais como procuramos conceituar e cujo conceito não se confunde com o de bem, bens, ou bem da vida, estas últimas noções mais amplas do que a noção de coisa" (*Op. cit*., p. 15-16).
[182] *Op. cit.*, p. 14.
[183] "A posição contrária, admitindo a posse sobre coisas incorpóreas, é sustentada, entre nós, enfaticamente, por Pontes de Miranda, tendo sido até hoje escassamente admitida" (ALVIM, Arruda. *Op. cit*., p. 86).
[184] *Op. cit.*, p. 25.
[185] *Op. cit.*, p. 23.

A jurisprudência, no entanto, firmou entendimento que "a posse não se aplica aos direitos pessoais, ou melhor, que esses direitos são estranhos ao conceito de posse".[186]

Cabe, ainda, salientar que podem ser possuidores tanto as pessoas físicas, quanto às jurídicas[187].

4.1. As teorias explicativas da posse.

Várias teorias foram desenvolvidas na expectativa de explicar o conceito de posse, as quais, no entanto, podem ser agrupadas em duas correntes principais, as teorias objetivas e as teorias subjetivas.

Pela concepção objetiva, desenvolvida por RUDOLF VON IHERING, nas palavras de **ORLANDO GOMES**, "a posse é o poder de fato; a propriedade, o poder de direito sobre a coisa" acrescentando que "só há posse onde pode haver propriedade".[188]

SILVIO DE SALVO VENOSA complementa esse entendimento, acrescentando que "a doutrina tradicional enuncia ser a posse relação de fato entre pessoa e a coisa. A nós parece mais acertado afirmar que a posse trata de estado de aparência juridicamente relevante, ou seja, estado de fato protegido pelo direito".[189]

Já para SAVIGNY, criador da teoria subjetiva[190], somente há posse onde houver intenção de ser dono[191] (*animus domini*)[192], nas palavras de **ORLANDO GOMES**,

---

[186] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 25.
[187] As pessoas jurídicas exercem a posse por meio de seus representantes legais, podendo utilizar-se de todos os institutos existentes próprios para sua proteção.
[188] Apud, *Direitos Reais*, 19ª ed., p. 34/36.
[189] *Op. cit.*, p. 28.
[190] Antes de SAVIGNY, POTHIER teria consagrado uma visão subjetivista da posse ao entender que a posse adquirir-se-ia *corpore at animo*, implicando, assim, a vontade do sujeito possuidor. Segundo ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "tratar-se-ia do produto duma doutrina anterior, desenvolvida pelos jurisprudentes elegantes: CUJAS e DONNEAU. A estes se deveria o *animus domini* que, mais tarde, reapareceria em SAVIGNY. Segundo alguma doutrina, o pensamento subjectivista da posse ter-se-ia radicado, por esta via, no Código Civil francês, ou Código de Napoleão de 1804" (*Op. cit.*, p. 22).
[191] Cumpre ressaltar que "ao exigir o *animus domini* como requisito indispensável à configuração da posse, a doutrina subjetiva considera simples detentores o locatário, o comodatário, o depositário, o mandatário e

> (...) a posse resulta da conjunção de dois elementos: o *corpus* e o *animus*. O *corpus* é o elemento material que se traduz no poder físico da pessoa sobre a coisa. O *animus*, o elemento intelectual, representa a vontade de ter essa coisa como sua. Não basta o *corpus*, como não basta o *animus*. *"Adipiscimur possessionem corpore et animus; nec per se corpore, nec per se animo"*. Se não existe a vontade de ter a coisa como própria, haverá simples detenção. É o que se chamava *naturalis possessio*, que, não sendo verdadeiramente posse pela ausência de *animus*, não produzia efeitos jurídicos. A essa posse desfigurada contrapõe-se a *posse civil*, resultante da conjugação dos elementos *corpus* e *animus.*[193]

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO e **CARLOS ALBERTO DABUS MALUF** esclarecem que "tanto o conceito do *corpus* como o do *animus* sofreram mutações na própria teoria subjetiva", sendo que

> Numa primeira fase, o *corpus* consistia no simples contacto físico com a coisa, no contacto direto e permanente do possuidor com a coisa possuída. Posteriormente, porém, ele passou a consistir na mera possibilidade de exercer esse contacto, tendo sempre a coisa à sua disposição. Também a noção de *animus* evolveu dentro da teoria subjetiva. A princípio, dizia-se que o mesmo apenas concernia ao domínio, mas depois abrangeu igualmente os direitos reais, para, finalmente, sustentar-se a possibilidade de posse sobre coisas incorpóreas.[194]

A teoria de SAVIGNY é questionada por IHERING na medida em que, para ele, o argumento de que o possuidor deve sentir-se como dono é falso, concluindo que a distinção entre posse e detenção[195] se dá pela causa de aquisição, e não pela vontade de

---

tantos outros que, por títulos análogos, têm poder físico sobre determinadas coisas. Não comporta, rigorosamente, o desdobramento da relação possessória, visto que não admite a posse de outrem" (GOMES, Orlando, *Direitos Reais*, 19ª ed., p. 33).

[192] "Embora freqüentemente utilizada, a expressão *animus domini* não encontra apoio em nenhum texto do direito romano, sendo uma tradução apontada da paráfrase de Teófilo que não corresponderia à tradução de *animus domini*, mas *animus dominantis*" (ALVIM, Arruda. *Op. cit.*, p. 29).

[193] Apud, *Direitos Reais*, 19ª ed., p. 32.

[194] *Op. cit.*, p. 17.

[195] Quanto à distinção entre posse e detenção, JOSÉ OSÓRIO DE AZEVEDO JR. aduz "os códigos, em regra, não indicam critérios para a distinção. O nosso atual (art. 1.196) e o antigo (art. 485) apenas caracterizam o possuidor, como quem tem de fato o exercício (o que não deixa de ser um tanto tautológico) de um dos poderes inerentes à propriedade, ou seja, quem tem de fato poder efetivo sobre a coisa. Quanto ao detentor, tanto o Código Civil de 2002 (art. 1.198) como o Código Civil de 1916 (art. 487) somente dizem que é considerado como tal aquele que conserva a posse em nome de outrem. Ambos os diplomas não indicam expressamente nenhum outro tipo de detenção. Mas as noções de posse e de detenção são acrescidas pelo que consta do preceito do art. 1.208 (...). Assim, os atos dessa natureza – mera permissão ou tolerância -, embora revelem uma exteriorização da propriedade, não geram posse" (*Op. cit.*, p. 264).

possuir, sendo a posse não simplesmente o poder físico da pessoa sobre a coisa, mas a exteriorização da propriedade.[196]

ARRUDA ALVIM, de toda forma, ressalta que

> A concepção de SAVIGNY teve como mérito realçar os dois elementos que compõem a base do fenômeno possessório (*corpus* e *animus*); não teria, porém, resistido às observações e objeções traçadas por IHERING, que procurou desmontar a teoria de SAVIGNY. (...) De outra parte, ainda, IHERING nunca negou o papel da vontade, pois não há dúvida de que a posse exige o "querer"[197] como pressuposto do "ter" (*rectius*, possuir) (...) Contudo, no que tange ao ônus da prova da posse, a comprovação do animus colocaria o julgador em posição difícil. Assim, o que deve determinar a existência da posse relaciona-se com o seu perfil (em rigor, perfil externo, o que aparece), tal como reconhecido pelo ordenamento jurídico.[198].

Dessa forma, "a teoria de IHERING teria superado a teoria subjetiva de SAVIGNY menos pela demonstração lógico-formal, mas por meio de uma constatação e construção teórica mais próximas da realidade".[199]

O certo é que, ao adotar a posse como exteriorização da propriedade pelo uso normal da coisa, o Código Civil brasileiro de 1916, além de acolher a sistemática da concepção objetiva da posse, premiou a tradição cultural brasileira.

Quanto ao tema, **ARRUDA ALVIM** elucida que "o Código Civil de 1916 regulava, fundamentalmente, o assunto referente à posse, no seu art. 485. Foi este último o primeiro Código Civil a consagrar a concepção da teoria objetiva de IHERING".[200][201]

---

[196] GOMES, Orlando. *Direitos Reais*, 19ª ed., p. 35-36.

[197] ARRUDA ALVIM fundamenta seu pensamento na lição de CORNIL, que acredita que "em toda relação possessória está implicada necessariamente a vontade. Sem vontade a relação exterior com a coisa, fosse mesmo um contato corporal imediato, é uma simples relação de justaposição local a que é completamente indiferente o direito" (*apud*, *Op. cit.*, p. 31).

[198] *Op. cit*., p. 31.

[199] ALVIM, José Manoel Arruda. *Op. cit*., p. 33.

[200] *Op. cit.*, p. 15.

[201] "A teoria de IHERING foi acolhida pela lei civil pátria de 1916, que se tornou o primeiro código a consagrá-la, posto que em um e outro lance revelasse ainda persistência das idéias de SAVIGNY, como por exemplo, o art. 493. O Código Civil de 2002 segue no mesmo sentido, pois o art. 1.204, embora com redação diferente e mais sintética, não discrepa da teoria de IHERING, prevendo também a aquisição da posse pela apreensão da coisa" (MALUF, Carlos Alberto Dabus; MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 18).

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO e **CARLOS ALBERTO DABUS MALUF** aduzem que

> A prova de que o Código Civil brasileiro de 1916, como ocorre com o atual Código Civil de 2002, adotou a teoria de IHERING se encontra no art. 485, que é repetido pelo art. 1.196 do Código Civil de 2002, onde se diz que se considera possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade. Verifica-se, por esse preceito legal, que a posse, em nossa sistemática jurídica, é o exercício de fato dos poderes constitutivos do domínio, ou propriedade, ou de algum deles somente, como no caso de direito real sobre a propriedade alheia.[202]

4.2. Natureza da posse.

A posse é uma realidade fática, uma realidade de direito ou um fato e um direito simultaneamente? Esta é a primeira questão a ser debatida.

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO ressalta que

> em favor da natureza da posse como mero facto podem-se citar alguns textos romanos que se lhe referem como *res facti* por oposição a *res iuris*. Não é alheia a esta concepção a doutrina subjectivista: a posse seria o facto de alguém deter uma coisa com a intenção de se apropriar dela. De outra forma, a posse confundir-se-ia com a propriedade. Contrapõe-se, porém, que sendo a posse protegida por lei, teria de ser uma realidade jurídica. (...) Finalmente, surgem, ainda, posições mistas: a posse seria um facto e um direito, simultaneamente ou, como diz WINDSCHEID com maior precisão, um facto enquanto posse, relação jurídica enquanto conseqüência desse próprio facto. E enquanto relação jurídica, continua ele, a posse é, precisamente, a mais directa e imediata relação com a coisa.[203]

Entendida como realidade jurídica, questiona-se se é ação; relação jurídica; fato jurídico; interesse legítimo; exercício de direito subjetivo; direito pessoal; direito real; ou direito diverso.

Para SAVIGNY, nas palavras de **WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO** e **CARLOS ALBERTO DABUS MALUF**, a posse é "um fato, sua existência independe de todas as regras de direito. Mas, apesar de constituir um fato, produz conseqüências jurídicas. Será,

---

[202] *Op. cit.*, p. 19.
[203] *Op. cit.*, p. 159-160.

portanto, simultaneamente, fato e direito".[204] Ocupa, assim, posição entre os direitos pessoais.

Já para IHERING, nas palavras de **WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO** e **CARLOS ALBERTO DABUS MALUF**, a posse é "um direito, vale dizer, um interesse juridicamente protegido". Sendo que

> (...) constitui condição da econômica utilização da propriedade e por isso o direito a protege. É relação jurídica, tendo por causa determinante um fato. Sua verdadeira conceituação é a de instituição jurídica tendente à proteção do direito de propriedade. Para IHERING, portanto, o lugar da posse é no direito das coisas, entre os direitos reais.[205]

Para **ARRUDA ALVIM**, "é relevante não deixarmos de ter presente que a posse não se reduz a um mero fato, senão que provoca uma série grande de conseqüências de ordem jurídica".[206]

Há quem entenda que a posse "é um direito degradado, em relação à propriedade". **ARRUDA ALVIM** esclarece que

> O que esta expressão significa é que a posse prevalece, subsiste até que o dono, em ação reivindicatória, recupere a coisa. Vale dizer, se considerada a situação possessória no plano estritamente possessório, a posse é um direito, em relação ao qual não há possibilidade de ser vulnerado; ao passo que, se vier a ser confrontada, considerando-se o sistema jurídico como um todo, com o domínio, cederá passo em relação à propriedade ou domínio.Vale dizer, no plano possessório a posse praticamente prevalece *erga omnes*; no plano dominial, cederá a posse diante do domínio, salvo se houver um título em relação à posse, que não permita ao proprietário a utilização da sua reivindicatória.[207]

A jurisprudência, amparada no entendimento de IHERING, considera que a posse é direito real e, em razão disso, impõe a vênia conjugal para a propositura de ações relativas a bens imóveis.[208]

---

[204] Apud, *Op. cit.*, p. 19.
[205] Apud, *Op. cit.*, p. 19-20.
[206] *Op. cit.*, p. 28.
[207] *Defesa da posse e ações possessórias*. in *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*, org. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei, São Paulo: Podivm, 2006, p. 314.
[208] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 20.

4.3. Classificação da posse.

A posse pode ser classificada a partir da existência ou não de vícios em sua aquisição, sendo, assim, justa ou injusta. Nos termos do art. 1.200, do Código Civil de 2002, "é justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária". Ao revés, posse injusta é aquela que sua aquisição é viciada.

Pode-se afirmar que posse violenta é adquirida com o uso da força (*vi*), ocupando posição inversa da posse mansa, pacífica e tranquila. Já a posse clandestina (*clam*) é aquela estabelecida às escondidas do dono e/ou possuidor. A posse precária (*precario*), por sua vez, decorre do abuso de confiança, assemelhando-se à situação da apropriação indébita.

A posse pode também ser classificada com base na perspectiva de aquisição de direito. Ou seja, pode ser de boa-fé ou de má-fé. Pela dicção do art. 1.201, do Código Civil, tem-se que a posse será de boa-fé "se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa", sendo de má-fé, a situação inversa.

Quanto a essa classificação, cabe ressaltar que há situações em que se presume a boa-fé do possuidor, como no caso da apresentação de justo título – prevista no parágrafo único do art. 1.201, do Código Civil de 2002 -, presunção esta relativa, admitindo prova em contrário, portanto. Estudaremos adiante a implicação desta presunção na aquisição de propriedade por usucapião.

A posse pode ser ainda classificada de acordo com sua perspectiva vertical, ou seja, do contato com a coisa, desdobrando-se em direta e indireta.

Quanto à última classificação, **WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO** e **CARLOS ALBERTO DABUS MALUF** esclarecem que

> (...) se considera possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade. O domínio, ou propriedade, compõe-se de numerosos poderes ou faculdades, que, normalmente, acham-se reunidos na pessoa de um só titular, mas que podem também se achar esparsos e

> distribuídos entre várias pessoas. (...) Todas as vezes, portanto, que o direito ou a obrigação de possuir caiba a outra pessoa que não o proprietário, a posse se desdobra e se apresenta sob duas faces, sendo direta para o que detém a coisa, e indireta para o proprietário, para o que concedeu ao primeiro o direito de possuir.[209]

Interessa a presente dissertação, ainda, diferenciar a posse *ad interdicta* da posse *ad usucapionem*. Pela primeira, o possuidor que se sentir ameaçado poderá fazer uso dos remédios processuais aptos a tutelar sua posse; já na segunda hipótese, a depender do preenchimento dos requisitos previstos na lei, a posse *ad interdicta* converter-se-á em *ad usucapionem*, autorizando a declaração do usucapião e, consequentemente, a aquisição originária da propriedade.

4.4. Efeitos da posse.

Não se nega que a posse produz efeitos, discorrem os autores sobre quais seriam eles.

SAVIGNY, de acordo com o exposto por **WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO** e **CARLOS ALBERTO DABUS MALUF**, teria reduzido a dois os efeitos específicos e próprios da posse, sendo eles: o usucapião e a possibilidade de invocar os interditos.[210][211]

Já CLÓVIS BEVILÁQUA, nas palavras de **WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO** e **CARLOS ALBERTO DABUS MALUF**, acredita que sejam sete os efeitos da posse, divididos em

> (I) O direito ao uso dos interditos; (II) a percepção dos frutos; (III) o direito de retenção por benfeitorias; (IV) a responsabilidade pelas deteriorações; (V) a posse conduz ao usucapião; (VI) se o direito do possuidor é contestado, o ônus da prova compete ao adversário, pois que a posse se estabelece pelo fato; (VII) o

---

[209] *Op. cit.*, p. 26.
[210] Apud, *Op. cit.*, p. 40.
[211] WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO e CARLOS ALBERTO DABUS MALUF esclarecem, ainda, que "EDMUNDO LINS e VICENTE RAO, por sua vez, sustentam que, verdadeiramente, o único efeito decorrente da posse é a faculdade de invocar os interditos. No entender de ambos, até mesmo o usucapião deveria ser arredado, porque não é efeito exclusivo da posse, mas desta conjugada a outros elementos (*res habilis*, *titulus*, *fides* e *tempus*)" (*Op. cit.*, p. 40).

> possuidor goza de posição mais favorável em atenção à propriedade, cuja defesa se completa pela posse.[212]

Interessa a presente dissertação a análise com mais detalhe dos efeitos numerados como (I) e (V), o que se faz a seguir.

Quanto ao fundamento do primeiro efeito – utilização dos interditos – é de grande valor o ensinamento dado por MARTIN WOLFF que, nas palavras de **WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO** e **CARLOS ALBERTO DABUS MALUF**, entende que

> O fundamento da proteção possessória reside no interesse da sociedade em que as situações de fato preexistentes não sejam destruídas *ex propria auctoritate*. A proteção possessória é assim defesa da paz geral, repulsa contra a realização da justiça pelas próprias mãos, fato que qualquer sociedade, medianamente organizada, não pode admitir nem tolerar.[213]

Tem-se que as ações possessórias, atualmente consideradas de maior importância – manutenção, reintegração e interdito proibitório -, são, na realidade, evoluções dos interditos romanos (*retinendae possessionis*[214], *recuperandae possessionis*[215] *e adipiscendae possessionis*[216]), os quais representavam "ordens do magistrado".[217]

Atualmente, no direito brasileiro contamos com seis tipos de ações possessórias: (i) reintegração de posse (art. 926, do Código de Processo Civil); (ii) manutenção de posse (art. 926, do Código de Processo Civil); (iii) interdito proibitório (art. 932, do Código de Processo Civil); (iv) imissão de posse (art. 625, do Código de Processo Civil); (v) embargos de terceiro (art. 1.046, do Código de Processo Civil); e (vi) nunciação de obra nova (art. 934, do Código de Processo Civil).

---

[212] Apud, *Op. cit.*, p. 40-41.
[213] *Op. cit.*, p. 42.
[214] Em semelhança à ação de manutenção de posse, "tinha por objetivo a defesa da posse contra atos turbativos" (MALUF, Carlos Alberto Dabus; MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 42).
[215] Em semelhança à ação de reintegração de posse, "destinava-se a restituir ao possuidor a posse que lhe havia sido arrebatada pela violência" (MALUF, Carlos Alberto Dabus; MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 42).
[216] "Propunha-se a conferir a posse ao litigante que se tornasse o vencedor no pleito judiciário. Não visava a proteger posse preexistente, mas a atribuir a um dos contendores, em litígio, o direito de possuir" (MALUF, Carlos Alberto Dabus; MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 42), função hoje verificada na ação de imissão de posse.

Deve-se ter em mente que as ações possessórias têm natureza dúplice (art. 922, do Código de Processo Civil), podendo, o réu, inclusive, para defesa de sua posse alegar, em oposição, a ocorrência de usucapião.[218]

Quanto à natureza das ações possessórias **ARRUDA ALVIM** aduz que

> Ação dúplice implica ser – nas ações possessórias exatamente porque há pelo menos dois que se pretendem titulares da posse sobre a mesma coisa – possível que a proteção seja outorgada quer para o autor, ou, então, que essa proteção venha a agasalhar a situação do réu. E, em virtude disto, cada um dos litigantes pode figurar como autor ou como réu, ao mesmo tempo, diante da circunstância de terem iguais direitos no campo processual. Ademais, se não fossem dúplices, o juiz, no caso em que a prova favorecesse réu, apenas o absolveria, mas não lhe reconheceria a posse, nem condenaria o autor, o que daria lugar à constituição das violências entre os litigantes.[219]

4.5. Função social da posse.

A função social da posse é um instrumento recente e não deve ser confundido com a função social da propriedade. Como já dito, a posse pode ser considerada como uma das formas de atingimento do princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente quando vista sob o aspecto da posse-trabalho e posse-moradia.

Diferentemente da função social da propriedade, não se pode dizer que a função social da posse configura uma limitação ao exercício do direito. Na realidade, o que se observa é a exteriorização dos seus valores sociais, do seu conteúdo, da sua utilidade e, principalmente, de sua independência perante outros institutos jurídicos, dentre eles a propriedade. Através da função social da posse pode se alcançar valores tutelados constitucionalmente como a moradia, igualdade, justiça e vida.

---

[217] *Op. cit.*, p. 42.

[218] No Direito espanhol também se vislumbra a possibilidade de serem opostas exceções à ação reivindicatória, como ilustra JOSÉ MANUEL LETE DEL RIO, "pero el demandado no está obligado a guardar uma mera actitud pasiva frente al reivindicante. El poseedor-demandado puede, y generalmente deve, oponer excepciones al reivindicante que justifiquen su posesión o tenencia de la cosa y que, por consiguiente, le eximan de la obligación de restituirla" (in *Protección del Derecho de Propiedad*, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1975, p. 50)

Muito embora não esteja expressa na legislação brasileira, tem-se que a função social da posse foi acolhida em nosso ordenamento, posição está comprovada pela ilação dos princípios constitucionais e pela jurisprudência. Contudo, deve se ter em mente que isso não a torna menos relevante que a função social da propriedade.

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu art. 6º que "são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência ao desamparados, tudo na forma desta Constituição". O art. 5º, XXVI, por sua vez, dispõe que "a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento".

De toda forma, ainda que não o fosse, pode se dizer que a função social da posse revela-se na legislação brasileira através do disposto nos arts. 1.238, parágrafo único, 1.239, 1.240 e 1.242, parágrafo único, do Código Civil, ou seja, que a função social da posse concretiza-se com a aquisição da propriedade mediante o usucapião, individual ou coletivamente, principalmente, se entre seus requisitos estiver a utilização do imóvel como moradia habitual ou se no imóvel forem realizadas obras ou serviços de caráter produtivo.

Quanto à inexistência de artigo expresso que trate sobre a função social da posse, **FLÁVIO TARTUCE** esclarece que

> (...) o Código atual perdeu a oportunidade de trazer expressamente uma teoria mais avançada quanto à posse, aquela que considera a sua função social, tese cujo principal defensor foi SALEILLES. Entretanto, já adiantamos que tal teoria consta do Projeto nº 6.960/02, de autoria do Deputado RICARDO FIÚZA, pelo qual o artigo 1.196 passará a ter a seguinte redação: "considera-se 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". Isso, adotando sugestão de JOEL DIAS FIGUEIRA JR.. Sem dúvidas que a redação da proposta é muito melhor do que o atual art. 1.196, comprovando o afastamento em relação às duas correntes clássicas. Mas, sem prejuízo dessa proposta de alteração, entendemos que o princípio da função social da posse é implícito à codificação emergente, principalmente pela

---

[219] *Op. cit.*, p. 323.

> valorização da *posse-trabalho*, conforme arts. 1.238, parágrafo único; 1.242, parágrafo único; e 1.228, §§ 4º e 5º, todos do novo Código Civil.[220]

Tendo como premissa que a intenção do legislador é a de fixar o homem na terra, desde que ele possa e queira ser capaz de tirar-lhe o melhor proveito, entende-se que a função social da posse tem como pressuposto a realização da destinação econômico-social da coisa, satisfazendo, assim, as "necessidades básicas que pressupõe o valor da dignidade do ser humano".[221]

ANA RITA VIEIRA ALBUQUERQUE argumenta que

> (...) a função social da posse como princípio constitucional positivado, além de atender à unidade e completude do ordenamento jurídico, é exigência da funcionalização das situações patrimoniais, especificamente para atender as exigências de moradia, de aproveitamento do solo, bem como aos programas de erradicação da pobreza, elevando o conceito da dignidade da pessoa humana a um plano substancial e não meramente formal. É forma ainda de melhor se efetivar os preceitos infraconstitucionais relativos ao tema possessório, já que a funcionalidade pelo uso e aproveitamento da coisa juridiciza a posse como direito autônomo e independente da propriedade, retirando-a daquele estado de simples defesa contra o esbulho, para se impor perante todos.[222]

Para ela,

> A função social da posse tem por objetivo instrumentalizar a justiça com nossos próprios valores e experiências históricas, rompendo o condicionamento histórico herdado das sociedades européias e harmonizando o instituto da posse com nossa sociedade complexa e pluralista do século XXI, profundamente conflituosa e marcada por grandes diferenças sociais.[223]

Claro está que a todo homem é resguardado o direito natural ao uso dos bens e à apropriação individual destes através da posse, tudo com fins a atender a necessidade individual, mas também para proporcionar vantagens para toda a coletividade.

---

[220] *A função social da posse e da propriedade e o direito civil constitucional*, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7719>. Acesso em 22/10/2009.
[221] ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua conseqüência frente à situação proprietária*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p. 12.
[222] *Op. cit.*, p. 40.
[223] *Op. cit.*, p. 208.

5. MODALIDADES DE USUCAPIÃO.

5.1. Usucapião extraordinário.

O usucapião extraordinário está previsto no art. 1.238, do Código Civil de 2002, que dispõe que

> Aquele que, por 15 (quinze) anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis. Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a 10 (dez) anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Os requisitos para o usucapião extraordinário são, portanto, a posse[224], o decurso do tempo, a sentença do juiz e o seu registro no Cartório de Registro de Imóveis, não se exigindo justo título, nem boa-fé.

A posse deve ter sido exercida de forma ininterrupta e sem oposição, dotada da intenção de ser dono. Sendo certo que, como bem diz **BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO**

> (...) o exercício de fato sobre a coisa está em contraposição ao exercício de direito, não bastando o elemento material (*corpus*), sendo mister a sua detenção física somada a um terceiro elemento, psíquico ou moral (*animus*), que é a intenção de ter a coisa de sua propriedade (*animus rem sibi habendi*).[225]

Com relação à possibilidade da transformação do caráter originário da posse é interessante informar que os Tribunais pátrios têm admitido a sua conversão de não própria para própria (como nos casos de compromitente-comprador, de ex-locatário, etc.), desde que sejam praticados atos que demonstrem o querer agir na condição de proprietário, como

---

[224] O Direito positivo brasileiro adotou a teoria objetiva de IHERING a respeito da posse, uma vez que "considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade" (art. 1196, do Código Civil de 2002), dispensando o elemento *animus* presente na teoria de SAVIGNY.

[225] RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*, v. 1, p. 616.

a realização de benfeitorias, a interrupção no pagamento dos aluguéis, a desobediência às ordens do proprietário.[226]

KARINE MONTEIRO PRADO quanto ao tema aduz que

> Não é o fato de não possuírem a coisa como sua que afasta os possuidores diretos da possibilidade de usucapir o direito de propriedade, mas sim a circunstância de possuírem temporariamente a coisa, em virtude de um direito pessoal ou real. O possuidor indireto (quanto não é o proprietário do bem, obviamente) é que tem posse *ad usucapionem*, pois foi ele que desdobrou sua posse plena, durante um determinado período de tempo, para o possuidor indireto. É a ele que retorna a posse direta depois de encerrado o direito provisório do possuidor direto. É claro que, contudo, pode o possuidor direto não devolver o bem ao final do contrato, esbulhando o possuidor indireto (precariedade), passando, então a ter posse plena, apta à aquisição do direito de propriedade pela usucapião.[227]

Assim, o reconhecimento do *animus domini*, através das apontadas atitudes do proponente não malfere o art. 1.238, do Código Civil, pois o só fato de a posse originar-se

---

[226] Confira-se os julgados ora transcritos:
"Processo civil e civil. Recurso Especial. Promessa de compra e venda de imóvel. Usucapião extraordinário. Transformação do caráter originário da posse. Dissídio. Caracterização. O fato de ser possuidor direto a condição de promitente-comprador de imóvel, a princípio, não impede que este adquira a propriedade do bem por usucapião, uma vez que é possível a transformação do caráter originário daquela posse, de não própria, para própria. (...) Recurso Especial não conhecido. (...) Efetivamente há posicionamento doutrinário e jurisprudencial, antigo, segundo o qual aquele que detém a posse direta em razão de uma relação contratual (como a promessa de compra e venda) com o proprietário, não pode adquirir por usucapião. (...) Todavia, ressalta-se a possibilidade de inicialmente existir a posse não própria, como a do locatário, do comodatário, do usufrutuário, etc., e, em ocasião posterior, modificar-se essa situação, passando a existir a posse com 'intenção de dono', pela chamada *interversio possessionis*. Para que isto se verifique, deve o possuidor praticar atos que demonstrem o querer agir na condição de proprietário, como a realização de benfeitorias, a interrupção no pagamento dos aluguéis, a desobediência às ordens do proprietário. (...) A priori, portanto, inexiste incompatibilidade entre ser possuidor direto, na condição de promitente-comprador do imóvel, e adquirir a propriedade por usucapião, pois há sempre possibilidade de mudança do caráter de posse não própria para própria. (STJ, REsp n.º 220.200 – SP, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. 16.09.2003).
"CIVIL. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS. MUTAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DA POSSE ORIGINÁRIA. POSSIBILIDADE. O usucapião extraordinária – art. 550, CC – reclama, tão-somente: a) posse mansa e pacífica, ininterrupta, exercida com *animus domini*; b) o decurso do prazo de vinte anos; c) a presunção *juris et de jure* de boa-fé e justo título, 'que não só dispensa a exibição desse documento como também proíbe que se demonstre sua inexistência'. E, segundo o ensinamento da melhor doutrina, 'nada impede que o caráter originário da posse se modifique', motivo pelo qual o fato de ter havido no início da posse da autora um vínculo locatício, não é embaraço ao reconhecimento de que, a partir de um determinado momento, essa mesma mudou de natureza e assumiu a feição de posse em nome próprio, sem subordinação ao antigo dono e, por isso mesmo, com força *ad usucapionem*, Precedentes. Ação de usucapião procedente. Recurso especial conhecido, com base na letra c do permissivo constitucional e provido". (STJ, REsp nº 154.733 – DF, rel. Min. César Asfor Rocha, j. 05.12.2000).
[227] PRADO, Karine Monteiro. in *Usucapião: inovações no Código Civil e no Estatuto da Cidade*, in *Direito Civil e Processo Civil: Estudo em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, coord. Araken de Assis et al, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 274.

de contrato de promessa de compra e venda ou de locação, por exemplo, não é inconciliável com a existência daquele requisito, já que o caráter originário da posse pode-se inverter consoante anteriormente exposto.

Com relação ao lapso de tempo necessário, como já mencionado, este é de quinze anos, permitida a redução para dez anos, nos casos previstos no parágrafo único. É importante notar que devem ser consideradas todas as questões inerentes à interrupção ou suspensão do prazo prescricional, sendo certo que,

> (...) as causas impeditivas da prescrição são aquelas que impedem que o decurso do prazo prescricional tenha início e estão previstas no art. 197 do Código Civil. A prescrição não terá curso entre cônjuges na constância do casamento; entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar e entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a vigência da tutela ou curatela. O art. 198 do novo Código Civil determina que também não corre prescrição contra ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou Municípios, bem como contra os que se acharem servindo as forças armadas, em tempo de guerra.[228]

O terceiro requisito é o reconhecimento por sentença da situação. Cumpre ressaltar, no entanto, que não é a decisão judicial que conferirá ao autor o domínio, este resulta da convergência dos elementos que conduzem ao usucapião. A sentença corresponde apenas à solene declaração de um direito preexistente.

O último requisito é o registro da sentença no cartório competente. Isso porque, o principal efeito do usucapião é a formação de título ao prescribente, com oponibilidade *erga omnes*.

BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO acredita que, partindo da idéia de que a prescrição aquisitiva precisa ser alegada, não fica a aquisição dominial subordinada ao registro do título, já que se verifica com a ocorrência dos requisitos insertos na lei. É também sabido que a sentença proferida em processo de usucapião ostenta cunho declaratório, não sendo atributiva de domínio, projetando-se efeitos para época passada, operando-se *ex tunc*.[229]

---

[228] NAVARRO, Amílcar Aquino. *Prescrição e Decadência no Direito Imobiliário*, in Prescrição no novo Código Civil: Uma análise interdisciplinar. coord Mirna Cianci, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 03.

Quanto à natureza da sentença, **CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO** ensina que

> A sentença no processo de usucapião não se insere entre os fatos constitutivos do domínio alegado pelo autor. Dono ele já seria (ou não seria) desde antes. Cabe ao Juiz, na instrução e ao sentenciar, somente perquirir da presença dos elementos integrantes da *fattispecie* relativa a esse modo de aquisição do domínio (fatos que já se encontram no passado e no processo são representados através da prova), para então julgar procedente ou improcedente a demanda proposta. Já se vê que é meramente declaratória, e não constitutiva de direito novo, a sentença dada no processo instaurado para o reconhecimento do usucapião. Como em toda sentença declaratória, a sua eficácia é *ex tunc*. Reporta-se a um momento pretérito e, em caso de acolher a demanda inicial, afirma que, a partir da implementação do *tempus*, o autor já era dono do bem[230]

Diz, no entanto, **BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO**, com arrimo na lição de CARVALHO SANTOS**,** que a aquisição fica subordinada ao registro do título, que é a sentença de seu reconhecimento, o que está de acordo com o sistema legal de publicidade pelo registro, não sendo outra coisa que se pode depreender do texto legal, ao seu dispor: podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para inscrição no registro de imóveis.[231] A esta corrente se filia o Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.[232]

---

[229] RIBEIRO, Benedito Silvério. *Op. cit.*, p. 183.
[230] *Usucapião e Posse Perdida*, *in Revista de Processo*, n.º 74, ano 19, abril-junho, 1994, p. 40-47.
[231] Apud RIBEIRO, Benedito Silvério. *Op. cit.*, p. 183.
[232] "AÇÃO REIVINDICATÓRIA. LEGITIMIDADE ATIVA. ESTADO ESTRANGEIRO. AQUISIÇÃO DE IMÓVEL. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. I – A reivindicatória é ação real, que compete ao senhor da coisa para havê-la do poder de terceiro que injustamente a detenha. Tem por causa o domínio e se dirige ao possuidor atual, de boa ou má-fé, bastando à legitimidade ativa que o autor se diga proprietário do bem. II – Não pode ser reconhecido o usucapião extraordinário do imóvel por meio da soma das posses dos antecessores, eis que, por um lado, estes eram proprietários e não necessariamente possuidores, sendo o usucapião uma forma de obter domínio e não propriedade por meio de domínio; e, por outro, estiveram na cadeia dominial a União e o Estado de Goiás, entes em relação aos quais não se pode falar em usucapião, nem em contagem de tempo com tais afins. III – Ainda que assim ao fosse, o Estado estrangeiro não poderia adquirir por usucapião porque, mesmo no período em que esteve autorizado a adquirir bens imóveis no território nacional, necessitava de autorização formal do Estado brasileiro, situação incompatível com essa modalidade de aquisição, cuja sentença é meramente declaratória de uma situação de direito efetivamente consumada pelo só decurso do tempo e *animus domini*. IV – A transcrição é requisito imprescindível à transmissão do domínio de bens imóveis. Desta forma, tenha existido ou não fraude nas alienações posteriores do imóvel, não levado a registro o título de domínio, o Estado estrangeiro jamais se tornou proprietário do terreno em litígio, tratando-se, simplesmente, de possuidor, que deve ceder sua posse, em sede de reivindicatória, ao proprietário. Recurso ordinário a que se nega provimento. (Recurso ordinário n.º 10 – DF, rel. Min. Castro Filho, j. 03.06.2003).

5.2. Usucapião ordinário.

O usucapião ordinário está previsto no art. 1.242, do Código Civil de 2002, que dispõe, por sua vez,

> (...) Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por 10 (dez) anos.
> Parágrafo único. Será de 5 (cinco) anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante no respectivo cartório, cancelado posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

Os requisitos do usucapião ordinário, são, portanto, posse, decurso de dez ou cinco anos, justo título e boa-fé.

A posse deve ter as mesmas características da definida quanto ao usucapião extraordinário, devendo ser operada pelo prazo de dez anos, ou cinco, caso observadas às possibilidades do parágrafo único. Para cômputo do prazo estabelecido, frisa-se que pode ser somada a posse a dos antecessores, nos termos do art. 1243, do Código Civil de 2002.

Outro requisito é o justo título, que vem a ser o negócio jurídico pelo qual se adquire ou transfere a propriedade. Pode ser uma escritura de compra e venda, um formal de partilha ou uma carta de arrematação, com aparência de válido e legítimo. A eventual existência de vícios ou irregularidades será eliminada pelo decurso do tempo, desde que presentes os demais requisitos do usucapião.[233]

Com relação à redução do prazo prevista no parágrafo único do art. 1.242, do Código Civil de 2002, **KARINE MONTEIRO PRADO** aduz

> (...) criticamos a redação desse dispositivo ao mencionar que o justo título, nesse caso, deverá ser registrado e posteriormente cancelado. Frise-se que a aquisição do direito de propriedade pela usucapião depende da presença de certas condições durante um determinado período de tempo. Impor que para a constituição da usucapião ordinária social seria preciso o cancelamento do registro imobiliário significa dizer que primeiro deveria decorrer o prazo legal, para depois haver o cancelamento do registro, pois se isso ocorresse antes do decurso do tempo, a posse que era de boa-fé se converteria em má-fé, porque o

---

[233] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, v. 3: Direito das coisas, 39ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 135.

> possuidor tomaria conhecimento da existência de algum vício que macula sua posse, excluindo, então, a aplicação da usucapião ordinária. Essa situação é totalmente contrária á própria essência do instituto jurídico da usucapião, pois condiciona sua constituição à ocorrência de um requisito posterior ao decurso do prazo legal. Enquanto o possuidor não tem o registro de seu título cancelado, ele é oficialmente o proprietário, não necessitando do reconhecimento judicial para proteção do seu direito de propriedade.[234]

Dúvidas surgiram a configurar se Contrato de Compromisso de Compra e Venda seria justo título. Sobre o tema é interessante o posicionamento dos Tribunais pátrios.[235][236]

---

[234] *Op. cit.*, p. 275.

[235] Posicionamento contrário à adoção do Compromisso como justo título:

"USUCAPIÃO ORDINÁRIO. JUSTO TÍTULO. CONCEITO. I. Justo título, para efeito de aquisição de imóvel através de ação de usucapião ordinário, é aquele instrumento apto, em tese, para transmitir o domínio, mas que, por algum vício na sua constituição, não tem a eficácia pretendida. II. Promessa de cessão de direitos de compromisso de compra e venda não é justo título para efeito do art. 551 do Código Civil, mesmo estando quitado. III. Recurso especial conhecido e provido. O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos (Relator) (...) Esse, no meu ponto de vista, é o melhor entendimento, que mantém o justo título como mais um elemento diferenciador do usucapião ordinário em relação ao extraordinário. Se forem afastados alguns rigores na caracterização do justo título, logo deixará de ter qualquer função legal e social. O prazo menor para se adquirir um imóvel em detrimento de outrem reclama exigências maiores. Além disso, compromisso de compra e venda representa um pré-contrato, onde o promitente vendedor tem a posse indireta e o promitente comprador a posse direta do imóvel, mas na como se fosse proprietário em face da restrição existente. Mesmo após a quitação da transação, ficará o promitente comprador, sabidamente, dependendo da escritura pública para consolidar a propriedade". (STJ, in Voto Vista do Min. Cláudio Santos, REsp 32.972, São Paulo, j. 19.03.1996)

"RECURSO ESPECIAL, USUCAPIÃO ORDINÁRIO. CONCEITO DE JUSTO TÍTULO. Justo título, art. 551 do Código Civil, é o título válido, em tese, para transferir o domínio, ma ineficaz, na hipótese, por não ser o transmitente o titular de direito ou faltar-lhe o poder de alienar. Abonada a doutrina e precedentes jurisprudenciais exigem esteja o título registrado. Não é justo título, para os efeitos do usucapião de breve tempo, o compromisso de compra e venda por instrumento particular não registrado e não registrável, embora o preço integralmente pago. Recurso especial conhecido, com base na letra 'c' do permissivo constitucional, e provido. Ação de usucapião improcedente e ação reivindicatória procedente" (REsp n.º 12 – SP).

[236] - Posicionamento favorável à adoção do Compromisso como justo título:

"ORDINÁRIO. JUSTO TÍTULO. Requisitos. Existência de uma razão, de um motivo, de uma causa que se dê substrato jurídico e torne explicável a posse *animus domini* do adquirente. Reivindicatória improcedente. Embargos recebidos. Votos vencedor e vencido". (RJTJESP 110/367).

"Ora, 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. À vista da jurisprudência desta Casa, o registro não é necessário, nem o instrumento público, seja para o fim da Súmula 84, seja para que se requeira a adjudicação (entre outros julgados, ver REsp 30, 5643, 9945, 10383 e 19414). Podendo dispor dessa eficácia, a promessa, gerando direito à adjudicação, há de poder, penso eu, gerar direito à aquisição por usucapião ordinário. Estou pois adotando outro conceito de justo título, talvez conceito mais abrangente, e assim estou procedendo em face de julgados mais recentes desta Corte, dos quais estimo ter tirado corretas conseqüências" (STJ, in Voto Vista do Min. Nilson Naves, REsp nº. 32.972 – SP).

"Do exame do contrato, que reitere-se, está integralmente pago, deflui, inequivocadamente, a conjugação de votações orientadas à transferência e aquisição do imóvel, ainda que necessários outros requisitos para aperfeiçoá-la a ponto de viabilizar o registro imobiliário. O título apresenta-se justo, ou melhor, hábil, pois reflete, com exatidão, que juridicamente seu titular tem uma causa – consubstanciada em documento de transmissão, válido e eficaz – para a posse, constituída e exercida de boa fé, continua e pacificamente" (AZEVEDO JUNIOR, José Osório de. *Compromisso de Compra e venda*, Saraiva, 2ª ed., 1983, p. 79, RJTJESP 84/205, 96/250, 109/230, 110/369).

Cabe aqui também trazer à discussão os títulos que possibilitam o parcelamento do preço, enquanto já autorizada à imissão na posse. A questão que se impõe é se a posse inicial já terá os mesmos elementos a permitir a sua contagem para o prazo de usucapião, ou se o cômputo do prazo deverá ser efetuado somente após a quitação do contrato.

BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO enfrenta a discussão trazendo, inicialmente, a questão da pendência de condição suspensiva, a qual interromperia a prescrição (art. 199, I, CC/02) e, por conseguinte, impossibilitaria o usucapião. Aduz que, "se a compra tiver sido feita sob condição, pendente a condição, o comprador não adquire a coisa por usucapião".[237] Reforça que,

> (...) os contratos de compromissos ou promessas de compra e venda não são, a princípio, considerados como justos títulos, sobretudo porque esbarram no último requisito, de que o justo título não pode estar suspenso por qualquer condição. Se estiver suspenso o título, como anteriormente afirmado, não se pode falar que o negócio chegou a termo, de vez que se considerará desfeito, emergindo uma situação preestabelecida. Dependendo o negócio de uma condição, descabe considerar a coisa no ânimo do adquirente, nem mesmo que este a detenha como proprietário, já que, ocorrendo um fato, pairado no tempo, o negócio não se perfeccionará, e o título será considerado sem efeito ou inexistente.[238]

Por outro lado, tem-se que a aquisição da propriedade por usucapião opera-se *ex tunc*, e segundo ensina **ORLANDO GOMES**, não se realiza quando expira o prazo dentro do qual a coisa deve ser possuída ininterruptamente, mas, sim, no momento em que se inicia a posse, inspirada esta doutrina na conveniência de proteger o terceiro que, supondo ser o possuidor proprietário, com ele mantive relações jurídicas com base na aparência da propriedade.[239][240]

"REIVINDICATÓRIA. USUCAPIÃO COMO DEFESA. ACOLHIMENTO. POSSE DECORRENTE DE COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA. JUSTO TÍTULO. BEM DE FAMÍLIA. A jurisprudência do STJ reconhece como justo título, hábil a demonstrar a posse, o instrumento particular de compromisso de compra e venda. O bem de família, sobrevindo de mudança ou abandono, é suscetível de usucapião. Alegada má-fé dos possuidores, depende do reexame de matéria fático-probatória. Incidência da Súmula n. 7 do STJ. Recurso especial não conhecido". (STJ, REsp 174.108-SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 15.09.2005).

[237] Enunciado do Jurisconsulto romano Paulo: *Si sub conditione emptio facta si, pendente conditione emptor usu non capit*.

[238] RIBEIRO, Benedito Silvério. *Op. cit.*, p. 797.

[239] GOMES, Orlando, *Direitos reais*, p. 121.

[240] Assim, "(...) consumada a prescrição, fica consolidada a causa, o título, que lhe serviu de fundamento: o prescribente é tido como se fora sucessor do seu autor e fica responsável para com ele pelas obrigações que

Todavia, como ressalta **BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO**, com arrimo na lição de LENINE NEQUETE**,** isto, porém, diz apenas respeito à usucapião ordinária, de sorte que, se o adquirente prescreveu a coisa a título de compra, é obrigado a pagar ao vendedor o preço, não o tendo feito anteriormente; se a título de doação, não se pode subtrair ao cumprimento dos ônus e condições porventura impostos pelo doador.[241]

Outra questão que merece atenção é se é necessário o prévio registro do título para que este autorize o usucapião ordinário.

De acordo com o entendimento de **WASHINGTON MONTEIRO DE BARROS** e de **CARLOS ALBERTO DABUS MALUF**,

> (...) o registro é ainda outro requisito para que o título havido seja como justo. Sem essa formalidade inexiste aquisição de domínio. Título não registrado não preenche a condição primacial para seja havido como justo.[242]

Porém o Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA já decidiu que não é necessário o registro do título, nem que este seja um instrumento público, para que se configure o usucapião ordinário[243].

---

nascem do contrato estipulado entre um e outro. Assim: se prescreveu a coisa a título de compra, é obrigado a pagar ao vendedor o preço, não o tendo feito anteriormente; se a título de doação, não se pode subtrair ao cumprimento dos ônus e condições (modalidades) impostas pelo doador". (RF 61/267, 64/401)

[241] *Op. cit.*, p. 185.

[242] *Op. cit.*, p. 136.

[243] "Usucapião ordinário. Promessa de compra e venda. Justo título. Conceito. 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 à aquisição por usucapião ordinário. Inocorrência de ofensa ao art. 551 do Cód. Civil. Recurso conhecido pela alínea c, mas não provido. (STJ, REsp n.º 32.972 – SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 19.03.1996).

"CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. ALEGAÇÃO DE USUCAPIÃO. INSTRUMENTO PARTICULAR DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. JUSTO TÍTULO. SÚMULA N. 84-STJ. POSSE. SOMA. PERÍODO NECESSÁRIO À PRESCRIÇÃO AQUISITIVA ATINGIDO. I. Ainda que não passível de registro, a jurisprudência do STJ reconhece como justo título hábil a demonstrar a posse o instrumento particular de compromisso de compra e venda. Aplicação da orientação preconizada na Súmula n. 84. II. Se somadas as posses da vendedora com a dos adquirentes e atuais possuidores é atingido lapso superior ao necessário à prescrição aquisitiva do imóvel, improcede a ação

Quanto ao assunto, **KARINE MONTEIRO PRADO** ressalta o seguinte

> (...) lembremos, ainda, que não é necessário o registro do título no cartório de registro de imóveis para que ele seja considerado justo. Veja-se, nesse sentido, o Enunciado 86 da VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13.09.2002, sob a coordenação do Min. Ruy Rosado, do STJ: "Art. 1.242: A expressão justo título, contida nos arts. 1.242 e 1.260 do CC, abrange todo e qualquer ato jurídico hábil, em tese, a transferir a propriedade, independentemente do registro".[244]

Cabe ainda analisar o requisito da boa-fé. Ensinam **WASHINGTON MONTEIRO DE BARROS** e **CARLOS ALBERTO DABUS MALUF** que é

> (...) quiçá o mais importante, porque valoriza e moralmente dignifica o usucapiente, é a boa-fé, vale dizer, a crença de que realmente lhe pertence a coisa possuída. É a certeza de seu direito, a confiança inabalável no próprio título, sem vacilações, sem possibilidade de temperamento ou meio-termo. A boa-fé ou é integral, ou não existe. Ela há de verificar-se ao ter início a posse do usucapiente e subsistir por todo o tempo dela. Se o mesmo tem ciência do vício que lhe impede a aquisição do domínio, inexiste boa-fé, capaz de conduzir ao usucapião ordinário, e só pelo extraordinário conseguirá ele depurá-lo de sua mácula. [245]

O Código Civil de 2002 define em seu art. 1.202, que "é de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa". Entendendo-se ignorância, como aquela desculpável, perdoável ou escusável.

O erro de direito jamais poderá servir de suporte à boa-fé, dado que a ninguém é lícito alegar ignorância da lei. Mas o erro de fato será aceito, quando este for escusável, ou seja, quando inexistir parcela de culpa do autor, isso porque a "culpa do possuidor na aquisição da posse, como é cediço, afasta a boa-fé, pois o erro de que sobressai a posse de boa-fé deve ser insuperável, evidenciando que o erro proveniente de culpa não tem escusa".[246]

KARINE MONTEIRO PRADO acrescenta que

---

reivindicatória do proprietário ajuizada tardiamente. III. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp 171204 / GO, Ministro Aldir Passarinho Junior, j. 26/06/2003).

[244] *Op. cit.*, p. 275.

[245] *Op. cit.*, p. 136.

[246] RIBEIRO, Benedito Silvério. *Op. cit.*, p. 853.

> (...) nunca é demais lembrar, também, que em sede de usucapião ordinária, o justo título não presume a boa-fé do possuidor usucapiente, devendo este provar que ignora o vício ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa.[247]

5.3. Usucapião especial urbano.

Como já dito, a Constituição Federal de 1988, na busca de fazer cumprir a função social da propriedade e minimizar o sofrimento da classe social menos privilegiada, previu, em seu art. 183, o usucapião constitucional urbano, também denominado *brevis temporis*. O mencionado artigo dispõe que

> (...) Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por 5 (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.
> § 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independente do estado civil.
> § 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.
> § 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

FRANCISCO LOUREIRO enfatiza que

> (...) os artigos 182 e 183 da Constituição Federal dispõem sobre a política urbana e estão diretamente conectados aos direitos fundamentais da pessoa e aos princípios fundantes do ordenamento. Visam os referidos dispositivos da Carta Política ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, assim como regular o usucapião especial urbano.[248]

O Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257/2001) foi promulgado no intuito de regulamentar os arts. 182 e 183, da Constituição Federal, estabelecendo diretrizes gerais da política urbana e dando outras providências. O seu art. 9º dispõe, por sua vez, que

> Aquele que possuir como sua área <u>ou edificação urbana</u> de até duzentos e cinqüenta 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.

---

[247] *Op. cit.*, p. 275.
[248] *Usucapião individual de coletivo no Estatuto da Cidade*, Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v.09, jan./mar. 2002, p. 26.

> § 1º O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.
> § 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.
> § 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

Verifica-se que o referido artigo repete a redação do texto constitucional, com exceção do acréscimo da expressão "ou edificação urbana", colocando uma pá de cal sobre o que poderia ser entendido como "área urbana de até duzentos e cinqüenta metros".

Cumpre destacar o entendimento de **KARINE MONTEIRO PRADO** sobre as conseqüências da inclusão da referida expressão pelo Estatuto da Cidade:

> Antes da publicação do referido texto legal, havia grande discussão quanto à possibilidade do terreno edificado ou construído ser usucapido. "Alguns juristas interpretam literalmente o caput do art. 183 da CF/88 afirmando que a Constituição Federal teria excluído o terreno urbano edificado, apenas admitindo a usucapião de terra urbana nua, sem edificação. Outros, interpretando teleologicamente o citado dispositivo constitucional, entendem que o termo 'área' inclui os terrenos edificados devido à exigência posta pela própria Constituição de que a área urbana fosse utilizada para moradia onde não houvesse ao menos um teto. Esse foi o entendimento que prevaleceu na doutrina e nos tribunais.[249]

Quanto ao tema, **FRANCISCO LOUREIRO** traz à baila a discussão quanto à constitucionalidade da inclusão da expressão.

> Cumpre indagar apenas se a norma infraconstitucional poderia limitar o preceito do artigo 183 da Constituição Federal, estendendo o teto de 250 metros quadrados também à área construída. Diante da omissão do preceito constitucional e das interpretações divergentes da doutrina a respeito do tema, parece que o legislador, agindo nos limites de sua competência, apenas explicitou o desejo de beneficiar com o instituto a camada da população de baixa renda, desejo essa que já se encontrava implícito no espírito da Carta Política. Sublinhou o legislador situação que ostenta certa lógica, qual seja, a da incongruência de se conceder privilégio especial a usucapiente de prédio de expressiva área construída e elevado valor agregado.[250]

Seguindo os preceitos fixados pela Constituição Federal, o Código Civil de 2002 previu em seu art. 1.240, idêntico instituto, *in verbis*,

---

[249] *Op. cit.*, p. 277.
[250] *Op. cit.*, p. 31.

> (...) Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por 5 (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.
> § 1º. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.
> § 2º. O direito previsto no parágrafo antecessor não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Por sua vez, o fato do art. 1.240, do Código Civil de 2002, não replicar a expressão introduzida pelo Estatuto da Cidade – "ou edificação urbana" - não pode ser entendido como ato de revogação, dado o caráter especial da última em matéria de direito urbanístico.[251]

Os requisitos para o usucapião constitucional urbano são, portanto, posse ininterrupta e sem oposição, com *animus domini*, pelo prazo de cinco anos; imóvel, utilizado para fins específicos de moradia, de área urbana, não excedente a duzentos e cinqüenta metros quadrados; possuidores desprovidos de qualquer outro imóvel, urbano ou rural; não havendo a exigência de apresentação de justo título.

Quanto ao limite de área, **KARINE MONTEIRO PRADO** analisa se este se estende apenas ao solo, ou também é imposto quanto à área construída.

> Admitindo-se a usucapião de áreas urbanas edificadas, passou-se a discutir, num segundo momento, se o limite máximo de 250m^2 estaria a referir-se somente ao solo, à construção, ou a ambos. Parte da doutrina entendia que dentro desse limite deveria estar incluída a área construída, ao contrário de outros autores que admitiam a usucapião especial urbana em terrenos cuja dimensão máxima da superfície do solo fosse de 250m^2, não importando que a área construída ultrapassasse esse limite legal. O art. 9º, *caput*, do Estatuto da Cidade sanou qualquer obscuridade que pudesse haver na redação do *caput* do art. 183 da CF/88, assentando o entendimento que um terreno edificado pode ser usucapido e que o limite de 250m^2 atinge tanto a área não construída quanto a construída, em evidente conformidade com o escopo social que orienta e inspira o instituto.[252]

---

[251] PRADO, Karine Monteiro. *Op. cit.*, p. 277.
[252] *Op. cit.*, p. 277.

Quanto à questão da moradia, **FRANCISCO LOUREIRO** esclarece que a regra contida no parágrafo 3º do art. 9º do Estatuto da Cidade constitui uma limitação em relação à abrangência do texto constitucional, eis que

> (...) o art. 183 da Carta Política não excluía expressamente a possibilidade de *accessio possessionis*, o que ocorre no Estatuto da Cidade, para o usucapião individual. O legislador infraconstitucional no Estatuo apenas à transmissão inter vivos e singular da posse (*accessio possessionis*) ao tratar do usucapião coletivo, o que permite, por raciocínio lógico, inferir sua exclusão na hipótese de usucapião individual. Consagrou o legislador, é certo, entendimento doutrinário e pretoriano acerca do tema, que já negava a incidência da *accessio possessionis* nos usucapiões constitucionais, exigindo a posse pessoal do usucapiente.[253]

Ou seja, para a utilização do instituto em comento, o herdeiro poderá somar à sua posse a do antecessor somente se, no momento da abertura da sucessão, já residir no imóvel. Esta limitação, por óbvio, não se aplica se o lapso temporal necessário a constituição do direito já tiver transcorrido antes da morte do antecessor, pois, nesta situação, o herdeiro assumirá a posição do *de cujus*, "que já era proprietário, apenas sem sentença declaratória da situação".[254]

Porém, se houver pluralidade de herdeiros legítimos, residindo apenas um no imóvel usucapiendo quando da abertura da sucessão, observar-se-á o seguinte

> (...) não pode ele requerer o usucapião em nome próprio, usando o tempo de posse do defunto em seu exclusivo proveito, em detrimento dos demais. Em vista do instituto de *saisine* e do litisconsórcio necessário que se instaura entre os herdeiros, três soluções são possíveis, a saber:
> a) todos os herdeiros aguardam o prazo para outras modalidades de usucapião, como o ordinário e o extraordinário do Código Civil, que não exigem o requisito da moradia no momento da morte do antecessor;
> b) ou o herdeiro que reside no imóvel nega a composse dos co-herdeiros, arroga-se como possuidor exclusivo, mantém soberania sobre o imóvel, deixando tal situação inequívoca aos compossuidores e inaugura novo prazo qüinqüenal, para efeito de usucapião;
> c) ou a situação jurídica de um herdeiro (aquele que reside no imóvel) a beneficia os demais co-herdeiros.
> Parece que a solução que melhor se amolda aos objetivos do legislador é a terceira, salvo, evidentemente, se o herdeiro que mora no imóvel negar a composse dos demais.[255]

---

[253] *Op. cit.*, p. 32.
[254] LOUREIRO, Francisco. *Op. cit.*, p. 32. Complementa, aduzindo que "não há se exigir, em tal hipótese, que resida o herdeiro no imóvel, porque já herda propriedade, faltando apenas o seu reconhecimento por sentença, que terá efeito retro operante".
[255] *Op. cit.*, p. 33.

Deve se ter em mente, ainda, que, como em toda modalidade de usucapião, o objeto usucapiendo deve ser adequado às leis municipais de zoneamento do solo urbano, isso porque não se mostra possível o acolhimento do pedido caso se verifique qualquer tipo de desrespeito às posturas urbanísticas. Este é o posicionamento do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.[256]

Há quem entenda o contrário, dentre eles **FRANCISCO LOUREIRO** alegando que

> (...) não está subordinado o deferimento do usucapião individual ao prévio preenchimento de requisitos urbanísticos, nem obediência ao Plano Diretor da cidade, salvo casos de marcada fraude à lei. A aquisição originária do domínio e a finalidade primordial de regularização fundiária do instituto desvinculam-no das rígidas regras da Lei do Parcelamento do Solo e de Planos Diretores. Entender o contrário significaria esvaziar o instituto – raros núcleos habitacionais populares cumprem regras urbanísticas – e negar efetividade à regra do artigo 183 da Constituição Federal.[257]

Claro está que a questão é de relevada importância já que, embora o direito real surja independentemente das normas urbanísticas, o novo proprietário somente obterá o seu registro se observar o conteúdo destas.

MARIA HELENA DINIZ sobre o tema expõe que:

> Tal se deu por força do princípio da função social da propriedade, que regula e controla o uso do solo urbano e a moradia, cooperando no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social, evitando parcelamento do solo

---

[256] Usucapião Extraordinário. Área inferior ao módulo urbano. Lei Municipal. Vedação. Alegação de violação aos arts. 550 e 552 do CC/16. Inocorrência. *In casu*, como bem ressaltado no acórdão impugnado, "o imóvel que se pretende usucapir não atende às normas municipais que estabelecem o módulo mínimo local, para parcelamento do solo urbano" (fls. 168/169), não constituindo o referido imóvel, portanto, objeto legalizável, nos termos da lei municipal. Conforme evidenciado pela Prefeitura Municipal de Socorro, no Ofício de fls. 135, o módulo mínimo para o parcelamento do solo urbano daquele município é de 250m^2, e o imóvel em questão possui apenas 126m^2. Ora, caso se admitisse o usucapião de tal área, estar-se-ia viabilizando, de forma direta, o registro de área inferior àquela permitida pela lei daquele município. Há, portanto, vício na própria relação jurídica que se pretende modificar com a aquisição definitiva do imóvel. 2 - Destarte, incensurável o v. acórdão recorrido (fls. 169) quando afirmou que "o entendimento do pedido implicaria em ofensa a norma municipal relativa ao parcelamento do solo urbano, pela via reflexa do usucapião. Seria, com isso, legalizado o que a Lei não permite. Anotou, a propósito, o DD. Promotor de Justiça que, na Comarca de Socorro, isso vem ocorrendo "como meio de buscar a legitimação de parcelamento de imóveis realizados irregularmente e clandestinamente" (STJ, Relator Min. Jorge Scartezzini, Recurso Especial nº 402792/SP, 26/10/2004). Disponível em http://www.stj.gov.br.

[257] *Op. cit.*, p. 35.

> e edificação inadequados em relação à infra-estrutura urbana, buscando não só a regularização de áreas ocupadas por população de baixa renda, mediante estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, como também a normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais (Lei 10257/2001, art. 2º, I, III, VI, "c", XIV e XV).[258]

Ou seja, é de extrema relevância que se observe não só os requisitos previstos para a declaração do usucapião, mas também devem ser considerados os elementos das normas urbanísticas, para que se logre a efetividade do instituto ora analisado.

Até para evitar qualquer discussão a respeito é que se incentivou o ajuizamento da ação de usucapião em litisconsórcio facultativo ativo, nos termos do art. 12, inciso I, do Estatuto da Cidade[259], visando, entre outros fatores, o atingimento da metragem mínima estipulada nas leis municipais.

Outrossim, claro está que não podem ser titulares desse tipo de usucapião as pessoas jurídicas, isso porque o legislador especificou que o título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, excluindo, por sua vez, àquelas, ressaltando, mais uma vez, o caráter social deste instituto. Em razão do fator social, também há a exceção de que a pessoa física poderá se valer por apenas uma vez desta modalidade.

5.4. Usucapião especial rural.

O usucapião rural surgiu com a Constituição Federal de 1934 (art. 125) e foi mantido pelas Constituições de 1937 (art. 148) e de 1946, com pequenas alterações (art. 156, § 3º). Sofreu modificações pela Emenda n.º 19, de 09 de novembro de 1964, enquanto que a Constituição de 1967 e a Emenda n.º 1, de 1969, não o mencionam.

---

[258] In *A Lei de Registros Públicos e o Estatuto da Cidade*. In *Estatuto da Cidade - Comentários à Lei Federal 10257/2001*: DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio (Org.)**.** São Paulo: Malheiros, 2002, p. 399.

[259] "Claro está que alguns requisitos se impõem para o usucapião conjunto, como a contigüidade – ou ao menos a proximidade – dos prédios e uma base ou origem comum das posses, que confira certa homogeneidade ao requerimento. A prova deverá recair sobre a posse de cada um dos autores, podendo, perfeitamente, por não se cuidar de litisconsórcio unitário, que a demanda seja julgada procedente em relação a um dos autores (aquele que provou a posse qualificada) e improcedente em relação a outro (aquele que não cumpra algum requisito da lei, ou não tenha feito prova a respeito da posse qualificada)" (LOUREIRO, Francisco. *Op. cit.*, p. 34-35).

Foi disciplinado pela Lei n.º 6.969/1981 (Estatuto da Terra), sendo aplicável apenas às áreas rurais, incluídas nestas tanto às terras particulares como as devolutas em geral.[260]

Com foco na ampliação da função social da propriedade, a Constituição Federal de 1988 instituiu o usucapião constitucional rural em seu art. 191.[261]

Da mesma forma o fez o Código Civil de 2002 em seu art. 1.239,

> (...) Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por 5 (cinco) anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Certo é que o usucapião especial rural sempre teve como objetivo a fixação do homem no campo, daí o expresso requisito de que o proponente tenha realizado atividades produtivas na propriedade, bem como nela residir sozinho ou com sua família. Além disso, necessário se faz que a área esteja em zona rural; seja esta particular; tenha menos que cinqüenta hectares; o proponente não seja proprietário de mais nenhum imóvel; deve também a posse ter sido com *animus domini*, pelo período de cinco anos ininterruptos, sem oposição.

Quanto à nacionalidade do usucapiente, não é necessário que ele seja brasileiro nato, pode ser naturalizado ou estrangeiro, mas quanto ao último a Constituição Federal, sem seu art. 190, dispõe "a lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira e estabelecerá os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional".[262][263]

---

[260] BALBINO FILHO, Nicolau. *Registro de Imóveis – Doutrina, Prática, Jurisprudência,* 9ª ed., Saraiva, 1999, p. 500.

[261] "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 cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião".

[262] A Lei Federal n.º 5.709, de 1971, por sua vez, determina:

Art. 1º O estrangeiro residente no País e a pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil só poderão adquirir imóvel rural na forma prevista nesta lei.

5.5. Usucapião coletivo.

Seguindo o princípio da função social da propriedade, a Lei Federal nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), em seu art. 10, dispõe que as áreas urbanas com mais de 250 metros quadrados[264], ocupadas ininterruptamente por mais de cinco anos por população de baixa

---

§ 1º Fica, todavia, sujeita ao regime estabelecido por esta lei a pessoa jurídica brasileira da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no exterior.
§ 2º As restrições estabelecidas nesta lei não se aplicam aos casos de transmissão *causa mortis.*
Art. 3º A aquisição de Imóvel rural por pessoa física estrangeira não poderá exceder a 50 (cinqüenta) módulos de exploração indefinida, em área contínua ou descontínua.
§ 1º Quando se tratar de imóvel com área não superior a 3 (três) módulos, a aquisição será livre, independendo de qualquer autorização ou licença, ressalvadas as exigências gerais determinadas em lei.
§ 2º O Poder Executivo baixará normas para a aquisição de área compreendida entre 3 (três) e 50 (cinqüenta) módulos de exploração indefinida.
§ 3º O Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, poderá aumentar o limite fixado neste artigo.
Art. 5º As pessoas jurídicas estrangeiras referidas no art. 1º desta lei só poderão adquirir imóveis rurais destinados à implantação de projetos agrícolas, pecuários, industriais, ou de colonização, vinculados aos seus objetivos estatutários.
§ 1º Os projetos de que trata este artigo deverão ser aprovados pelo Ministério da Agricultura, ouvido o órgão federal competente de desenvolvimento regional na respectiva área.
§ 2º Sobre os projetos de caráter industrial será ouvido o Ministério da Indústria e Comércio
Art. 12 A soma das áreas rurais pertencentes a pessoas estrangeiras, físicas ou jurídicas, não poderá ultrapassar a 1/4 (um quarto) da superfície dos Municípios onde se situem, comprovada por certidão do Registro de Imóveis, com base no livro auxiliar de que trata o art. 10.
§ 1º As pessoas da mesma nacionalidade não poderão ser proprietárias, em cada Município, de mais de 40% (quarenta por cento) do limite fixado neste artigo.
§ 2º Ficam excluídas das restrições deste artigo as aquisições de áreas rurais:
I - inferiores a 3 (três) módulos;
II - que tiverem sido objeto de compra e venda, de promessa de compra e venda, de cessão ou de promessa de cessão, mediante escritura pública ou instrumento particular devidamente protocolado no registro competente, e que tiverem sido cadastradas no INCRA em nome do promitente comprador, antes de 10 de março de 1969;
III - quando o adquirente tiver filho brasileiro ou for casado com pessoa brasileira sob o regime de comunhão de bens;
§ 3º O Presidente da República poderá, mediante decreto, autorizar a aquisição além dos limites fixados neste artigo, quando se tratar de imóvel rural vinculado a projetos julgados prioritários em face dos planos de desenvolvimento do País.

[263] Confira-se julgado sobre o tema: "CIVIL. IMÓVEL RURAL CUJA ÁREA EXCEDE 50 (CINQÜENTA) MÓDULOS. DEFESA DA POSSE, POR ESTRANGEIRO. POSSIBILIDADE. Mesmo que não tenha adquirido a propriedade do imóvel rural, o estrangeiro pode defender a posse que recebeu e mantém em função de negócio ajustado por instrumento particular – posse que, evidentemente, não induzirá ao usucapião por força do que dispõe a Lei n.º 5709, de 1971. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n.º 171.347 – SP, rel. Min. Ari Pargendler, j. 14.03.2000).

[264] "O art. 10 do Estatuto da Cidade prescreve que a soma das eventuais posses individuais pode superar o limite de 250m^2, mas tal disposição não deve ser compreendida no sentido de que essas posses individuais possam, cada uma, ter áreas superiores ao teto constitucional. Permitindo o Estatuto da Cidade a usucapião especial urbana por uma coletividade de pessoas, obviamente a área total do imóvel será, na grande maioria das vezes, maior do que 250m^2, todavia, recordando-se que o núcleo normativo de tal instituto está localizado no art. 183 da CF/88, as posses de cada indivíduo não podem, efetivamente, ultrapassar esse limite" (PRADO, Karine Monteiro. *Op. cit.*, p. 278).

renda[265], sem que se possa identificar as respectivas áreas de cada possuidor, podem ser objeto de usucapião coletivo, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

Cabe esclarecer que o usucapião coletivo não se confunde com o usucapião conjunto, no qual há a cumulação de pedidos individuais. No primeiro, está-se diante de direito coletivo, em razão da incindibilidade do imóvel usucapiendo. No segundo, de direito individual, possivelmente identificável. Na modalidade coletiva o ônus da prova cabe aos autores como um todo, enquanto que no individual cada possuidor deverá comprovar o preenchimento dos requisitos para a aquisição da propriedade.

Para o cômputo do lapso temporal, é possível o acréscimo da posse a do antecessor, desde que ambas sejam contínuas. **FRANCISCO LOUREIRO** relembra que

> Ao contrário do que ocorre no usucapião individual, aqui admite o legislador (parágrafo 1º do artigo 10) – com generosidade – a soma das posses, tanto pela *accessio* como pela *successio possessionis*, bastando que ambas sejam contínuas e cumpram os demais requisitos do usucapião coletivo. Há nítida diferença de tratamento dada às situações de usucapião individual e coletivo. Há nítida preferência pelo coletivo, mediante estímulos e abrandamento dos requisitos, mediante atividade impulsionadora, numa autêntica função promocional do direito.[266]

São partes legítimas para a propositura da ação[267]: (i) o possuidor, isoladamente ou em litisconsórcio originário ou superveniente; (ii) os possuidores, em estado de composse, (iii) as associações de moradores[268], como substituto processual, desde que explicitamente autorizada pelos representados.

---

[265] Quanto ao requisito da "baixa renda", FRANCISCO LOUREIRO esclarece que "embora não explicite o legislador – e nem seria conveniente que o fizesse – o conteúdo da expressão, entende-se abranger a camada da população sem condições econômicas de adquirir, por negócio oneroso, simples imóvel de moradia. Caberá ao juiz, a que se conferiu razoável dose de discrição, examinar caso a caso se os requerentes encaixam-se no conceito indeterminado baixa renda usado pelo legislador" (*Op. cit.*, p. 38),

[266] *Op. cit.*, p. 41.

[267] Estatuto da Cidade. Art. 12. São partes legítimas para a propositura da ação de usucapião especial urbana:
I – o possuidor, isoladamente ou em litisconsórcio originário ou superveniente;
II – os possuidores, em estado de composse;
III – como substituto processual, a associação de moradores da comunidade, regularmente constituída, com personalidade jurídica, desde que explicitamente autorizada pelos representados.

[268] Nestes termos, considerando que o inc. III do art. 12 do Estatuto da Cidade reconhece a legitimação extraordinária da associação de moradores, na qualidade substituto processual, para ajuizar demandas de

De acordo com **KARINE MONTEIRO PRADO**

> (...) percebe-se que a intenção do Estatuto da Cidade foi a de regularizar a situação fundiária dessas pessoas, bem como permitir a urbanização de determinadas áreas ocupadas pela população carente, modificando o perfil social indesejável desses núcleos habitacionais urbanos.[269]

FRANCISCO LOUREIRO completa o pensamento, aduzindo que

> (...) não há, porém, como estudar os novos institutos criados pelo Estatuto da Cidade, especialmente o usucapião coletivo pela lente individualista e liberal do velho direito civil, porque o seu propósito não é apenas o de criar um novo modo de aquisição da propriedade imóvel, mas sobretudo o de ordenar a propriedade urbana, funcionalizando-a pela observância de princípios urbanísticos voltados ao bem-estar da pessoa e da comunidade. Toda a interpretação dos artigos 9 a 14 do Estatuto da Cidade, portanto, deve ser voltada a examinar o usucapião como mecanismo de regularização fundiária e, sobretudo, de reorganização urbanística.[270]

Tem-se, portanto, que não se trata de mera forma de aquisição de propriedade, mas de instituto voltado para a regularização de estrutura habitacional do espaço urbano, devendo ser utilizado, principalmente, para reduzir o grave problema que assola a grande parte das cidades brasileiras, a "favelização".[271]

Exatamente por conta disso que o referido artigo restringe a aplicação do instituto às situações nas quais não seja possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor[272].

Quanto ao tema, **FRANCISCO LOUREIRO** comenta que

---

usucapião especial urbano, sem restringir a modalidade, entende-se que esta tem legitimidade para pleitear tanto o reconhecimento de usucapião individual, como o coletivo.

[269] *Op. cit.*, p. 278.

[270] *Op. cit.*, p. 25.

[271] Nas palavras de FRANCISCO LOUREIRO, "o usucapião individual tem a finalidade precípua de regularização da situação fundiária da população de baixa renda e de explicitar pontos duvidosos da figura prevista no artigo 183 da Constituição Federal. Já o usucapião coletivo incumbe dupla tarefa: não só regularizar a situação fundiária, mas permitir a urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, alterando o perfil socialmente indesejável de determinados núcleos habitacionais urbanos" (*Op. cit.*, p. 29).

[272] "Encaixam-se na situação acima aludida as chamadas favelas, ou outros núcleos habitacionais semelhantes, não dotados de planejamento ou de serviços públicos essenciais, em que os moradores têm posse material certa de seus barracos, ou de pequenas casas de alvenaria, mas dado o caos urbanístico das

> (...) a idéia do legislador foi a de alcançar aquelas situações em que pode haver posse materialmente certa, mas o seu objeto é fluido, as divisas movediças e, principalmente, o perfil urbano indesejável. O legislador usou a expressão (...) porque viu o núcleo habitacional desorganizado como uma unidade, na impossibilidade de destacar parcelas individuais. O termo 'terreno', via de regra usado como sinônimo de lotes em loteamento, pressupõe espaço imóvel com divisas certas, frente para via pública e condições mínimas de urbanização. Logo, nos aludidos núcleos habitacionais, não há propriamente terrenos identificados, mas sim espaços que não seriam passíveis de regularização pela via do usucapião individual.[273]

E pelo fato de não ser possível, com certa segurança, a individualização dos imóveis – definição de confrontantes, frente à via pública, área ocupada e amarração a pontos geodésicos, entre outras questões -, optou o legislador pela aquisição da propriedade mediante a formação de condomínios, quando preenchidos os requisitos para a declaração do usucapião coletivo.

Dispõe **MARIA HELENA DINIZ** que

> (...) a usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no Cartório de Registro de Imóveis. Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão de terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas. O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio.[274]

Todas as suas deliberações referentes à administração do condomínio especial[275] serão tomadas em assembléia, pela maioria dos votos dos condôminos presentes, sendo estas oponíveis aos demais, ausentes ou discordantes. No caso de sua dissolução, como já

---

vielas e a própria precariedade das construções, está a ocupação individual sujeita a constantes alterações qualitativas e quantitativas" (LOUREIRO, Francisco. *Op. cit.*, p. 39)

[273] *Op. cit.*, p. 39.

[274] *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 4º volume, 17ª ed., São Paulo, 2002, p. 156.

[275] "Não se trata, como é óbvio, da figura do 'condomínio especial' da Lei nº 4.591/64, porque não se cogita de unidades autônomas atreladas à fração ideal de terreno. Não cabe ao juiz, na sentença, a instituição de condomínio especial de casas do artigo 8º da Lei nº 4.591/64, sem prévia urbanização da gleba. Tal solução somente será viável se, no curso da demanda, constatar-se que já contém a gleba todos os requisitos necessários à urbanização e que as acessões estão perfeitamente individualizadas, passíveis de descrição como unidades autônomas" (LOUREIRO, Francisco. *Op. cit.*, p. 47).

dito, o quórum mínimo será de dois terços dos condomínios, exigindo-se, concomitante, a execução de projeto de urbanização[276].

Quanto à questão da formação de condomínio, **NEWMAN DEBS** comenta que

> Como dissemos, o usucapião coletivo urbano gera co-propriedade a todos os interessados. É mister relembrar que os condomínios são fontes inesgotáveis de divergências e disputas entre seus titulares, sendo que todo o sistema do Código Civil de 1916 foi voltado à facilitação da extinção do condomínio. Estranhamente a lei em comento moveu-se em sentido contrário, determinando que a propriedade derivada do usucapião coletivo urbano seja conferida em regime de co-propriedade a seus titulares, não passível de extinção senão por deliberação de 2/3 (dois terços) dos condôminos.[277]

Como informa **FRANCISCO LOUREIRO**, "o novo condomínio aproxima-se da propriedade coletiva ainda existente em certas regiões da Europa, mesclando espaços de ocupação exclusiva com espaços de ocupação comum, sem a criação de unidades autônomas".[278]

Outrossim, muito embora trata-se de condomínio, há quem entenda que não existe direito de preferência entre os condôminos, eis que, diante da omissão legal, não há como presumi-lo[279].

Pelo caráter dúplice das ações possessórias, pode o usucapião coletivo ser argüido como matéria de defesa, servindo a sentença que a reconhecer como título para registro no Cartório de Registro de Imóveis (art. 13).

É obrigatória a participação do Ministério Público e aos autores serão imediatamente concedidos os benefícios da Justiça Gratuita, inclusive quanto aos

---

[276] Oportunidade em que será necessário regularizar a situação das áreas de uso comum, bem como daquelas utilizadas como vias de circulação, doando-as à Municipalidade, a fim de viabilizar a urbanização da região. Tal procedimento é obrigatório para que se dê o registro das frações ideais concedidas aos possuidores, já que a partir deste momento eles passarão a ocupar imóvel com testada voltada a logradouro público, sendo esta uma das exigências da Lei de Registros Públicos.

[277] in *Revista dos Tribunais*, ano 92, maio de 2003, v. 811, p. 24-34.

[278] *Op. cit.*, p. 48.

[279] "Deixou o legislador de referir-se ao direito de preferência entre os condôminos. A omissão indica a inexistência da prelação que, de resto, seria de difícil aplicação a situações concretas, exigindo dezenas, ou centenas de notificações aos comunheiros, em núcleos de maior porte. Não há, pois, a preferência entre condôminos, prevista no Código Civil, sendo livre a alienação de partes ideais a terceiros, ou aos próprios condôminos" (LOUREIRO, Francisco. *Op. cit.*, p. 48/49).

emolumentos devidos ao Cartório de Registro de Imóveis quando da apresentação do mandado para averbação e registro, dado o elemento de que sejam os possuidores tenham baixa renda.

O Estatuto da Cidade prevê, ainda, que o procedimento a ser observado nestes casos é o sumário (art. 14), com objetivo de impingir celeridade ao processo.

O Código Civil de 2002 prevê, no parágrafo 4º do art. 1.228, instituto nomeado da mesma forma por boa parte da Doutrina, diferenciando-se este por dispensar o critério de baixa renda e adotar a exigência da boa-fé e de existência no imóvel de obras e serviços considerados pelo juiz de interesse econômico e social, *in verbis*:

> (...) § 4º. O proprietário também pode[280] ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Contudo, muito embora se trate de modalidade de usucapião, o parágrafo 5º do mesmo artigo prevê que "no caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores".

Há quem considere que o instituto previsto no parágrafo 4º do art. 1.228 do Código Civil tem natureza constitutiva, e não declaratória como nos demais casos de usucapião, em razão da expressão "o proprietário também *pode* ser privado". Contudo, entendemos que esta posição não é a mais adequada, visto que também nas outras modalidades de usucapião deve o juiz analisar o caso concreto e verificar se as cláusulas abertas foram devidamente preenchidas.

---

[280] Confira-se: "(...) a decisão que concede a aquisição potestativa da propriedade imóvel é constitutiva, pois o proprietário poderá ser privado da coisa, segundo o prudente arbítrio do juiz, quando, analisando o caso concreto, verifique a existência dos requisitos legais acima citados, sendo esta a decisão mais adequada diante dos interesses em conflito" (PRADO, Karine Monteiro. *Op. cit.*, p. 280).

O fato de o artigo enunciar uma possibilidade não desnatura o caráter declaratório do instituto, vez que, preenchidos os requisitos, deverá ser declarado o usucapião.

Para alguns, essa nova modalidade de usucapião concretiza o princípio constitucional da função social da propriedade. Para outros, representa um problema sério a ser enfrentado, questionando-se, inclusive, a sua constitucionalidade. De qualquer forma, vige o instituto e suas características e possibilidades devem ser esmiuçadas para que os aplicadores do direito, bem como a sociedade, não sejam surpreendidos com suas repercussões e conseqüências.

Para o Professor **CARLOS ALBERTO DABUS MALUF** o usucapião coletivo, da forma como foi incluído no Código Civil de 2002, pode representar um problema sério em contrapartida ao direito de propriedade, assegurado na Constituição Federal. É que faltou ao legislador clareza ao apontar seus requisitos, possibilitando, por exemplo, a duas ou três pessoas a propositura da referida ação, sem que, com isso, se atinja efetivamente o propósito da lei. O Professor, inclusive, questiona a constitucionalidade do usucapião coletivo.[281]

Antes, contudo, de adentrar a questão travada nesta dissertação, compete analisar o instituto do usucapião dentro da seara constitucional, buscando o cotejamento do direito à propriedade e à moradia, Direitos Humanos Fundamentais, com vistas a identificar qual o melhor direito aplicável a cada caso e, assim, quem sabe, responder às perguntas que rodeiam o tema.

---

[281] MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Direitos reais. In: Seminário Novo Código Civil Brasileiro: o que muda na vida do cidadão*, 2003, Brasília. Anais. Brasília: Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, Coordenação de Publicações, 2002, p. 230-241.

6. REQUISITOS ESPECÍFICOS DO USUCAPIÃO COLETIVO.

Prevê o art. 1.228, § 4º, do Código Civil de 2002, que

> (...) O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de 5 (cinco) anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Antes de tratar da matéria em si, cabe aqui ressaltar que, por se tratar de modalidade nova do instituto, a contagem dos prazos deve ser iniciada somente a partir da vigência do Código Civil de 2002.

6.1. Utilização coletiva.

Questiona-se o que pode ser definido como "considerável número de pessoas". Duas ou três pessoas são suficientes para preencher o requisito? Acreditamos que não, o número deve ser considerável, analisado em cada caso concreto, porque é variável.

Há quem entenda, e a esta corrente se filia **MARCO AURÉLIO S. VIANA,** que o número a ser considerado varia conforme a densidade populacional da região, havendo diferença para os casos de imóveis rurais e urbanos[282], tratando-se de verdadeira cláusula aberta a ser preenchida pelo Judiciário.

Alguns já dispuseram sobre a necessidade de existir mais de uma família assentada, já o legislador teve como meta o atingimento do interesse social, e não apenas de um núcleo familiar.[283]

---

[282] *Comentários ao Novo Código Civil, Dos Direitos Reais*, v. XVI, Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 50.

6.2. Características do terreno.

Outra questão a ser analisada, caso a caso, pelo Judiciário é o quesito *"extensa área"*, já que uma área pode ser considerada extensa em determinada região e não ter o mesmo conceito em outra, principalmente diferenciando-se áreas rurais de urbanas.

6.3. Existência no imóvel de obras e serviços de interesse econômico e social.

Esse requisito está intrinsecamente relacionado ao princípio da função social da propriedade, diferenciando-se expressamente das demais modalidades de usucapião, com este elemento, o legislador deixou claro que não basta o preenchimento dos requisitos de posse mansa e pacífica por longo espaço de tempo, é necessário também a realização, em conjunto ou separado, de obras e serviços de interesse econômico e social.

Os critérios de interesse econômico e social são diferentes para o âmbito rural e urbano, podendo adotar-se para o primeiro a idéia de produtividade contida no parágrafo 6º da Lei Federal n.º 8.629/1993.

MARCO AURÉLIO VIANA chama a atenção para o fato de que

> Em se tratando de imóvel rural, devemos ter em mente o mandamento contido no art. 6º da Lei nº 8.629/93, que estatui que uma propriedade rural é produtiva quando, explorada econômica e racionalmente, atinge, simultaneamente, graus de utilização da terra e de eficiência na exploração, segundo índices fixados pelo órgão federal competente. O grau de utilização da terra há de ser igual ou superior a 80%, calculado pela relação percentual entre a área efetivamente utilizada e a área aproveitável total do imóvel.[284]

Já para os espaços urbanos, a preocupação deverá ser acerca do grau de progresso ou desenvolvimento social implementado pelos ocupantes, quiçá com a criação de unidades de moradia, de lazer, saúde, ou seja, situações criadas de forma a incrementar o bem-estar da população, tutelado em âmbito constitucional nos arts. 182 e 183.

---

[283] CASTRO, Mônica. *A desapropriação judicial no novo Código Civil*. *In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 19, Porto Alegre, 2002, p. 149.
[284] *Comentários ao Novo Código Civil, Dos Direitos Reais*, v. XVI, Forense: Rio de Janeiro, 2003, p. 52.

6.4. Natureza: desapropriação ou usucapião?

Há quem considere que o instituto em análise não se trata propriamente de forma de usucapião, aproximando-o da desapropriação, já que, nos termos do parágrafo 5º do art. 1.228, caberá ao juiz fixar justa indenização devida ao proprietário quando da proposição de ação reivindicatória e, em sendo pago o preço, a sentença valerá como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

A essa corrente, entre outros autores[285], filia-se **MARCO AURÉLIO S. VIANA**,

> (...) O dispositivo do parágrafo quarto cuida de outra hipótese de perda da propriedade imóvel, que apresenta particularidades a reclamar atenção. Estamos, aqui, diante de uma desapropriação indireta em favor do particular.[286]

Da mesma forma, entende **NELSON KOJRANSKI**.

> Nova modalidade de desapropriação motivada pela socialização da posse de imóvel de boa-fé foi introduzida através dos §§ 4º e 5º do art. 1228. A essa inovação o Prof. Miguel Reale não vacilou em qualificar de "revolucionária". E, realmente o é, a começar pelo fato que se trata de desapropriação (não de usucapião) de imóvel particular, promovida por particulares, situado quer na zona rural, quer na zona urbana.[287]

Contudo, não se pode tratar a matéria em apreço como se fosse uma desapropriação, posto que esta possui requisitos e procedimentos totalmente diversos. Na desapropriação, é delegada sua competência, a depender da matéria, à União, aos Estados, aos Municípios, ao Distrito Federal, aos Territórios e, mais atualmente, às autarquias e concessionárias de serviço público.

---

[285] A essa corrente também se filia **MÔNICA AGUIAR**: "Essa desapropriação realizada diretamente pelo Poder Judiciário, sem intervenção prévia de outros Poderes é figura nova em nosso sistema positivo (...). Em um mesmo artigo - §4º do art. 1228 – o legislador faz uso de vários conceitos jurídicos indeterminados: considerável, para qualificar o número de pessoas; de interesse social e econômico, para adjetivar as obras e serviços e extensa, para identificar a área. Abre-se, então, um aparente leque de possibilidades para o preenchimento do conteúdo jurídico desses conceitos pelo Magistrado que, conforme relatado, será o artífice dessa desapropriação" (in www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto247.htm, acessado em 12 de julho de 2007).

[286] *Comentários ao Novo Código Civil, Dos Direitos Reais*, v. XVI, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 49.

Contrário a este argumento, o relator **RICARDO FIÚZA** defende a possibilidade do poder de desapropriar ser atribuído também ao juiz, conforme se verifica nas palavras do Prof. CARLOS ALBERTO DABUS MALUF,

> (...) no tocante aos §§ 4º e 5º, o relatório Fiúza, recepcionando por sua vez o relatório Ernani Sátyro, acolhe os argumentos o Prof. Miguel Reale quando afirma que se trata de "um dos pontos mais altos do Projeto, no que se refere ao primado dos valores do trabalho como uma das causas fundantes do direito de propriedade. De outro lado, não há, a nosso ver, nada de surpreendente no fato de ser atribuído ao juiz competência para, no caso especialíssimo previsto no art. 1.266, declarar a desapropriação dos bens reivindicados, a fim de que seja pago ao reivindicante o justo preço de seu imóvel, sem se locupletar ele à custa dos frutos do trabalho alheio. Como bem observou o Relator especial, os múltiplos casos de 'desapropriação indireta', que são casos típicos de 'desapropriação pretoriana', resultantes das decisões de nossos tribunais, estão ai para demonstrar que o ato expropriatório não é privilégio nem prerrogativa exclusiva do Executivo ou do Legislativo. Nada existe que torne ilegítimo que, por lei, em hipóteses especiais, o poder de desapropriar seja atribuído ao juiz, que resolverá em função das circunstâncias verificadas no processo, em função do bem comum (...)".[288]

PABLO STOLZE GAGLIANO reflete, ainda, que

> (...) sob o ponto de vista topográfico, e seguindo um critério de interpretação sistemática, tem-se a impressão de que se consagrou uma nova modalidade expropriatória, uma espécie de 'desapropriação judicial'. Isso porque, no parágrafo antecedente, o legislador, a teor do art. 5º, XXIV, da Constituição Federal, regulou, expressamente, as hipóteses de desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, para, em seguida, dispor, no dispositivo sob comento, que o proprietário 'também' poderia ser privado da coisa, em função da posse exercida por terceiro, mediante pagamento de indenização (§5º). Ora, ao utilizar a palavra 'também', e fazer referência à indenização a ser paga ao expropriado, transparece que fora acrescentada mais uma modalidade de desapropriação ao rol elencado no parágrafo anterior (...)[289]

Contudo, a perda da propriedade por desapropriação foi expressamente prevista no parágrafo 3º do art. 1.228, do Código Civil de 2002, sendo, portanto, casos diversos. Além do que, se o legislador considerasse tratar o instituto de modalidade de desapropriação, teria assim o intitulado, como, por exemplo, fez no art. 184 da Constituição Federal.

---

[287] in *O novo Código Civil, Estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*, p. 1002.

[288] Apud MALUF, CARLOS ALBERTO DABUS. In *Código Civil Comentado*, 6ª ed., coord. Regina Beatriz Tavares da Silva, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 1267/1268.

[289] GAGLIANO, Pablo Stolze. *Controvérsias Constitucionais Acerca do Usucapião Coletivo*, in Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Ano II, Número 12, Maio-Jun/2006, p. 39.

Decerto, muitos autores defendem que se trata de nova modalidade de usucapião, entre eles, Ministro TEORI ZAWASCKI, CARLOS ALBERTO DABUS MALUF e **EDUARDO CAMBI**, aduzindo o último que

> (...) trata-se de instituto novo e autônomo, cuja diferença essencial, em relação aos imóveis urbanos, está no tamanho, por extrapolar os 250m^2 (duzentos e cinqüenta metros quadrados), previsto no art. 183 da CF, para a usucapião especial. Além disso, o novo Código Civil vai além da Lei nº 10.257/01, pois estende o instituto aos imóveis rurais, não contemplados no Estatuto da Cidade.[290]

Fato é que não se pode negar que o instituto em comento tem maiores pontos de aderência ao usucapião (posse exercida por certo lapso de tempo), motivo pelo qual parece mais correta a sua qualificação como tal.

6.4.1. Sobre desapropriação.

Para o Prof. **CARLOS ALBERTO DABUS MALUF**, "a desapropriação é um poder do Estado, inerente à sua própria natureza, para restringir o direito de propriedade dos particulares".[291]

Com efeito, "desapropriação é o procedimento através do qual o Poder Público compulsoriamente despoja alguém de uma propriedade e a adquire, mediante indenização, fundado em um interesse público".[292] Ou seja, é o procedimento através do qual o Poder Público, em razão de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, expropria compulsoriamente alguém de um bem certo, em caráter originário, mediante indenização prévia, justa e paga em dinheiro, com exceção dos casos de inobservância da função social da propriedade, nos quais a indenização far-se-á em títulos da dívida pública, resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas, preservado seu valor real, como se pode.

---

[290] *Controvérsias Constitucionais Acerca do Usucapião Coletivo*, in Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Ano II, Número 12, Maio-Jun/2006, p. 38.
[291] *Ação de desapropriação*, São Paulo: Saraiva, 1985, p. 01. O mesmo conceito foi apresentado pelo Prof. CARLOS ALBERTO DABUS MALUF na obra *Teoria e prática da desapropriação*, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 01.
[292] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 858.

Nas palavras de **CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO**,

> (...) o fundamento político da desapropriação é a supremacia do interesse coletivo sobre o individual, quando incompatíveis. O fundamento jurídico teórico consiste na tradução dentro do ordenamento normativo dos princípios políticos acolhidos no sistema. Corresponde à idéia do domínio eminente de que dispõe o Estado sobre todos os bens existentes em seu território.[293]

A desapropriação está prevista nos artigos 5º, XXIV, 182, § 4º, III, e 184 e seguintes da Constituição Federal de 1988.[294]

Já o fundamento infraconstitucional está presente nas diferentes leis e decreto-lei que tratam a matéria (em especial, Decreto-Lei nº 3.365/1941, Lei nº 4.132/1962 e o Decreto-Lei nº 1.075/1970), sendo também de competência das normas infraconstitucionais a definição das hipóteses de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social.

---

[293] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Op. cit*., p. 863.

[294] Art. 5º, XXIV, da CF/1988. A lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.
Art. 182, da CF/1988. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.
§ 4º. É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:
III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública com emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.
Art. 184 da CF/1988. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.
§ 1º. As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.
§ 2º. O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor ação de desapropriação.
§ 3º. Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.
§ 4º. O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.
§ 5º. São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.
Art. 185, da CF/1988. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:
I – a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;
II – a propriedade produtiva;

Para o Prof. **CARLOS ALBERTO DABUS MALUF**,

> Os requisitos constitucionais exigidos para a desapropriação se resumem na ocorrência de necessidade ou utilidade pública ou de interesse social no bem a ser desapropriado e no pagamento de justa e prévia indenização em dinheiro.[295]

Cabe aqui esclarecer que os casos de necessidade e utilidade pública[296], que eram previstos no art. 590, §§ 1º e 2º do Código Civil de 1916, e que não têm correspondentes no Código Civil de 2002, foram absorvidos todos, sob a designação de utilidade pública, pelo art. 5º do Decreto-Lei nº 3.365/1941 (entre outras: a segurança nacional; a salubridade pública; a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas; a abertura, conservação ou melhoramento de vias ou logradouros públicos; a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos).

Já as hipóteses de desapropriação por interesse social estão previstas no art. 2º, da Lei Federal nº 4.132/1962 (entre outras: o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve servir ou possa suprir por seu destino econômico; o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola, a construção de casas populares, a proteção do solo e a proteção de cursos e mananciais de água e de reservas florestais).

Assim, os requisitos e/ou condições necessários para que se dê a desapropriação estão previstos no art. 5º, XXIV, da Constituição Federal de 1988. São eles: (i) necessidade pública, utilidade pública ou interesse social; (ii) pagamento da indenização prévia, justa e em dinheiro, no caso da desapropriação comum, e em títulos especiais da dívida pública, quando se tratar de desapropriação para política urbana ou para reforma agrária.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos à sua função social.

[295] *Teoria e prática da desapropriação*, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 03.

[296] No intuito de ilustrar o presente estudo, cabe esclarecer que necessidade e utilidade pública diferenciam-se, sendo que, conforme leciona o prof. CARLOS ALBERTO DABUS MALUF, "(...) a necessidade pública surge quando a Administração defronta problemas que só se podem ressalvar com a transferência de bens particulares para o domínio da pessoa administrativa incumbida de solucioná-los. A utilidade pública se

Depreende-se, portanto, que, no direito brasileiro, há dois tipos de desapropriação. No regime normal, previsto no art. 5º, XXIV, da CF/1988, a indenização é prévia, justa e em dinheiro. No outro, o pagamento se efetua através de títulos especiais da dívida pública resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas. A indenização também é justa, mas não é prévia.

Verificam-se apenas duas hipóteses para o segundo tipo: (i) na desapropriação em razão da política urbana, cuja competência é exclusiva do Município, conforme disposto no art. 182, da CF/1988, especialmente, § 4º, III; e (ii) na desapropriação com fins para a reforma agrária, de competência exclusiva da União, nos termos dos arts. 184, 185 e 186, da CF/1988, incidindo apenas sobre os imóveis que não estejam cumprindo sua função social.[297]

Têm-se como taxativas as hipóteses legais de desapropriação, já que, o art. 5º, do Decreto-Lei nº 3.365/1941, ao enumerar os casos que fundamentam a desapropriação, indica "os demais casos previstos por leis especiais".[298]

Apenas a União tem competência para legislar sobre desapropriação, conforme dispõe o art. 22, II, da Constituição Federal de 1988. Contudo, são competentes para declarar a utilidade pública ou o interesse social de um bem para fins de desapropriação: a União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.[299]

São competentes para promover a desapropriação, ou seja, efetivar a desapropriação, praticar todos os atos para efetuá-la (depois de existente o decreto expropriatório), além da União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e os Territórios, as autarquias, os estabelecimentos de caráter público em geral ou que exerçam

---

apresenta quando a utilização de bens particulares é conveniente aos interesses administrativos, se bem que não seja imprescindíveis" (in *Teoria e prática da desapropriação*, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 03).

[297] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 859-860

[298] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Op. cit.*, p.

[299] O DNER (Departamento Nacional de Estradas de Rodagem) recebeu, excepcionalmente, o poder, tendo em vista objetivos rodoviários, através do Decreto-lei 512/1969.

funções delegadas do Poder Público e os concessionários de serviço, quando autorizados por lei ou contrato.[300]

A ação de desapropriação pode ter como objeto tudo que possa ser objeto de propriedade, ou seja, todo bem, imóvel ou móvel, corpóreo ou incorpóreo. *In casu*, nos interessa a análise das hipóteses de desapropriação de bens imóveis.

Diferentemente do usucapião, os bens públicos podem ser objeto de desapropriação, desde que, além da concessão de autorização legislativa do poder expropriante para que se realizem, seja obedecida a seguinte hierarquia: a União poderá desapropriar bens dos Estados, Municípios e Territórios; os Estados e Territórios poderão expropriar bens de Municípios. Cabe ressaltar, ainda, que os Municípios não podem desapropriar bens das autarquias federais e dos Estados e estes não desapropriam bens das autarquias da União.

Quanto à destinação dos bens expropriados, tem-se que, "em princípio, as desapropriações se fazem em favor das pessoas de Direito Público, ou de pessoas de Direito Privado delegadas ou concessionárias de serviço público". [301] Apenas em caráter excepcional é possível que a desapropriação seja feita em favor de pessoa de Direito Privado, sendo *conditio sine qua non* que esta desempenhe atividade considerada de interesse público.[302]

O procedimento expropriatório pode ser dividido em duas fases: declaratória e executória. É na primeira fase que é propriamente feita a declaração de utilidade pública, bem como tomadas todas as providências para torná-la pública. Cumpre esclarecer que a declaração de utilidade pública é o ato pelo qual "o Poder Público manifesta sua intenção em adquirir compulsoriamente um bem determinado e o submete ao jugo de sua força expropriatória".[303]

---

[300] STF, *RDA* 48/226, e TJSP, *RDA* 18/80.
[301] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 870.
[302] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 870.
[303] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 870.

A declaração de utilidade pública pode ser expedida tanto pelo Poder Legislativo, quanto pelo Poder Executivo, caracterizando-se o ato, em qualquer situação, como de natureza administrativa. Pode ser expedida pela União, Estados, Municípios, Distrito Federal, Territórios, agências reguladoras - entre elas a ANEEL[304] -, sempre em forma de decreto, devendo conter para aferição de sua validade: (1) manifestação pública da vontade de submeter o bem à força expropriatória; (2) fundamento legal em que se embasa o poder expropriante; (3) destinação específica a ser dada ao bem; (4) identificação do bem expropriado.

Nas palavras de **CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO**, tem como efeitos:

> (...) a) submeter o bem à força expropriatória do Estado; b) fixar o estado do bem, isto é, de suas condições, melhoramentos, benfeitorias[305] existentes; c) conferir ao Poder Público o direito de penetrar no bem a fim de fazer verificações e medições, desde que as autoridades administrativas atuem com moderação e sem excesso de poder; d) dar início ao prazo de caducidade da declaração[306].[307]

Já na fase executória são tomadas às providências concretas para a efetivação da declaração de vontade pública, podendo esta ser extrajudicial ou judicial, isto porque, para que se dê a desapropriação e a conseqüente transferência da propriedade não basta a simples declaração de utilidade pública, é necessário o registro da escritura de desapropriação ou da sentença expropriatória.

É possível, portanto, que a desapropriação se dê de forma amigável, concretizando-se a aquisição compulsória mediante acordo, sem a intervenção do Poder Judiciário, ou judicial, que ocorre quando é necessária a intervenção judicial. Neste caso, a decisão

---

[304] O art. 10, da Lei nº 9.074/1995 autoriza a ANEEL a expedir decretos expropriatórios no que concerne às áreas necessárias à implantação de instalações de concessionários, permissionários e autorizados de serviço de energia elétrica.

[305] "Depois de declarada a utilidade pública de um bem pode suceder que nele se realizem benfeitorias. As benfeitorias necessárias são sempre indenizáveis, as voluptuárias não o serão nunca e as úteis serão indenizadas desde que hajam sido autorizadas pelo poder competente, conforme dispõe o art. 26 do Decreto-lei 3.365/41. Por benfeitorias deve-se entender os melhoramentos ou a conservação feita em acréscimo ao já existente. Por esta razão, não se confundem com as edificações feitas em imóvel nu" (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 872).

[306] "A declaração de utilidade pública tem prazo de validade, após o quê caduca. Caducidade da declaração de utilidade pública é a perda de validade dela pelo decurso de tempo sem que o Poder Público promova os atos concretos destinados a efetivá-la" (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 873).

judicial poderá ser homologatória, quando o proprietário do bem aceita, em juízo, a oferta feita pelo expropriante, ou contenciosa, quando o proprietário e o expropriante não acordam em relação ao preço, que será fixado pelo juiz, após realização de perícia.

Existe ainda a modalidade de desapropriação indireta, na qual a órgão público, ou àquele que faz às suas vezes, ocupa o imóvel sem qualquer procedimento, obrigando o proprietário a propor ação de reintegração de posse ou reivindicatória, convertendo-se o pedido em indenização em perdas e danos, se verificado o interesse público ou social da intervenção.

Quanto à desapropriação indireta, **CARLOS ALBERTO DABUS MALUF** dispõe que

> Muitas vezes, os expropriantes, mesmo sem o decreto de utilidade pública, se imitem na posse de um imóvel para construir uma estrada, abrir uma rua, avenida. Assim, os expropriantes se apossam ilegalmente da propriedade privada. Em outras palavras, cometem um ato ilícito. Praticam um verdadeiro esbulho possessório. É verdade que os expropriantes têm necessidade, para atender a um determinado fim social. Sabemos que o interesse público deve prevalecer sobre o interesse privado. Ocorre, porém, que o particular não pode ser prejudicado com a invasão de sua propriedade. Paga ele impostos, taxas etc. Além do mais, nossa Constituição diz com todas as letras "que fica assegurado o direito de propriedade". Esse apossamento administrativo ficou consagrado pela jurisprudência como "desapropriação indireta", e com fundamento no art. 159 do CC o particular propõe uma ação ordinária de indenização contra o Poder Público.[308]

E é em relação a essa modalidade que existe a confusão com o instituto previsto nos parágrafos 4º e 5º do art. 1.228, do Código Civil de 2002.

Ocorre que, como visto neste capítulo, para a configuração da desapropriação obrigatoriamente deve haver o preenchimento de uma série de requisitos (competência, interesse, prazos, etc.) que, provavelmente, não serão verificados nos casos de usucapião coletivo.

---

[307] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 872.
[308] *Ação de desapropriação*, São Paulo: Saraiva, 1985, p. 85. O mesmo conceito foi apresentado pelo Prof. CARLOS ALBERTO DABUS MALUF na obra *Teoria e prática da desapropriação*, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 269.

Por exemplo, na hipótese de desapropriação indireta, ter-se-á no pólo passivo da demanda o órgão público que procedeu à ocupação sem os procedimentos adequados. Nos casos de aplicação do instituto ora em questão, estarão os ocupantes (ou seus representantes).

6.5. Pagamento do justo preço.

O parágrafo 5º do art. 1.228 dispõe que caberá ao juiz fixar justa indenização devida ao proprietário quando da proposição de ação reivindicatória, e, em sendo pago o preço, a sentença valerá como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Sem prejuízo de todos os comentários que atinem à obrigação do pagamento, cabe tecer algumas considerações sobre o que seria "justo preço".

Deve o juiz, para a fixação do preço, ter em conta o valor de mercado da terra nua e das benfeitorias que porventura lá existiam, tudo à época da invasão, a fim de minimizar os danos sofridos pela eventual desvalorização (considerando a hipótese de formação de favela ou cortiço) ou coibir o enriquecimento sem causa (considerando a hipótese de implementação de melhoria).

Quanto à possibilidade de aplicação de juros compensatórios (em analogia à desapropriação), a III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal elaborou o enunciado 240, ora transcrito:

> Art. 1228: a justa indenização a que alude o parágrafo 5º do art. 1228 não tem como critério valorativo, necessariamente, a avaliação técnica lastreada no mercado imobiliário, sendo indevidos os juros compensatórios.

Cabe ainda trazer a seguinte questão: e se não houver o pagamento da justa indenização? Quais conseqüências este ato trará?

Para evitar esse tipo de problemática a ser enfrentada pelo Poder Judiciário, o Projeto de Lei nº 6.960/2002, que previa a modificação de alguns artigos do Código Civil,

por sugestão do professor **CARLOS ALBERTO DABUS MALUF**, propôs a alteração do §5º, do artigo 1.228, vinculando a transferência da propriedade ao pagamento integral da "justa indenização".[309]

Nestes termos, restaria suspensa a eficácia da sentença judicial, até que o pagamento fosse concretizado, sempre se respeitando a situação econômica dos ocupantes, vislumbrada a possibilidade de parcelamento do débito.

6.6. Quem deve pagar a indenização?

O parágrafo 5º do art. 1.228, do Código Civil de 2002, menciona o pagamento de uma indenização ao proprietário do imóvel. No entanto, não indica quem deverá pagá-la, criando uma lacuna[310] que merece importante discussão na presente dissertação.

Há quem ainda acredite que o Estado deva ser o responsável pelo pagamento, pois o ocupante jamais terá condições de pagar o preço justo. A esta corrente se filiava o Deputado **RICARDO FIÚZA**, em razão do seu entendimento de que o Código quis atender à população hipossuficiente e que não atingiria objetivo socializante se tivesse estabelecido que a indenização fosse paga pelo ocupante.[311]

Para **MÔNICA AGUIAR**, o pagamento da indenização, a depender da localização do imóvel, será de responsabilidade ou da União ou do Município, confira-se

> Para os imóveis rurais, não resta dúvida que essa indenização deve ser arcada pela União, quer por força do comando dos arts. 184 a 186 da Constituição Federal, quer por observância dos critérios estabelecidos pela Lei nº 8.629 de 25.02.93 com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 10.279 de 12.09.01 e

---

[309] "Art. 1.228. (...)
§ 5º - No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago integralmente o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome do respectivo possuidor".

[310] NEWMAN DEBS, em seu artigo *Aquisição e perda da propriedade – Usucapião: Roupagem dada pelo Novo Código Civil*, retrata perfeitamente a adoção pelo legislador no Código Civil de 2002 de conceitos jurídicos indeterminados e o conseqüente deslocamento do centro das decisões jurídicas da lei para o juiz, com a adoção de sistemas abertos (in *Revista dos Tribunais*, ano 92, maio de 2003, v. 811, p. 24-34).

[311] Palavras do Deputado RICARDO FIÚZA, no Seminário "*Direitos Reais. Novo Código Civil Brasileiro. O que muda na vida do cidadão"* apresentado pelo Prof. CARLOS ALBERTO DABUS MALUF, na Câmara dos Deputados em 2003.

> Lei completar nº 76, de 06.07.93. Ocorre que o instituto, em que pese não haver qualquer limitação expressa na legislação, foi concebido tendo em vista, especialmente os imóveis localizados em área urbana. Nessa hipótese, inadmissível a aplicação direta dos mencionados dispositivos. Perceba-se, outrossim, que não é exigida, como ocorre com a usucapião, o exercício da posse com *animus domini*. Parece que ônus será do Município em que localizada a área, haja vista que o comando do plano diretor da cidade é de competência exclusivamente municipal. Há uma co-responsabilidade na tolerância da ocupação de terrenos com a criação de verdadeiras favelas, nascidas de invasões pelos que não tem moradia.[312]

Contudo, nas palavras do ilustre Professor **CARLOS ALBERTO DABUS MALUF**

> (...) se o Estado não paga nem a desapropriação de que é autor, utilizando-se do decreto desapropriatório, certamente não pagará a invasão de uma favela. Não houve apossamento administrativo, mas invasão. Então, quem pagará a indenização? [313]

Nessa seara questiona-se como poderá o juiz determinar o pagamento da indenização pelo Estado, sem que exista previsão expressa? Poderá o magistrado onerar o erário público, em detrimento de toda população, em favor de algumas poucas pessoas?

PABLO STOLZE GAGLIANO na tentativa de responder a essa questão acrescenta que

> (...) atribuir-se a obrigação indenizatória a uma das entidades federativas, sem previsão legal a respeito, afigura-se, em nosso sentir, inviável, mormente em se tratando dos Municípios brasileiros, que já se encontram em situação econômica desesperadora, não havendo, ademais, previsão constitucional específica em face desse novo instituto.[314]

Para outros, e a esta corrente se alia o Professor **CARLOS ALBERTO DABUS MALUF**, o ocupante deverá pagar a indenização, pois "se teve capacidade para invadir, ele tem capacidade para pagar".[315] Até porque, de outra forma, criar-se-á uma desordem civil.

---

[312] In <www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto247.htm>, acessado em 12 de julho de 2007.
[313] MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Direitos reais. In: Seminário Novo Código Civil Brasileiro: o que muda na vida do cidadão*, 2003, Brasília. Anais. Brasília: Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, Coordenação de Publicações, 2002, p. 230-241.
[314] *Op. cit.*, p. 40.
[315] MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Direitos reais. In: Seminário Novo Código Civil Brasileiro: o que muda na vida do cidadão*, 2003, Brasília. Anais. Brasília: Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, Coordenação de Publicações, 2002, p. 230-241.

A I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal trouxe entendimento que interessa a matéria com o Enunciado 84. Confira-se

> "Art. 1.228: A defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (Art. 1.228, §§ 4º e 5º do novo Código Civil) deve ser argüida pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento de indenização".

De toda forma, certo é que o usucapião sempre serviu para a aquisição da propriedade plena ou limitada de um bem, em contrapartida à perda do direito de outrem, pacificada a jurisprudência no tocante à legitimidade de tal situação, desde que preenchidos os requisitos legais, sem qualquer tipo de previsão de pagamento de qualquer tipo de indenização que seja.

7. QUESTÕES PROCESSUAIS.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, em seu artigo *Usucapião e Posse Perdida*, preleciona que

> (...) o usucapião é instituto só de direito substancial, que deita unicamente nele as suas raízes e só dele recebe a disciplina de seus requisitos e efeitos. Nada tem de processual. O que torna o possuidor dono não é uma sentença judicial, mas o exercício da posse adequada, pelo tempo necessário.[316]

7.1. Legitimidade para propor (ou opor).

Prevê o art. 1.228, § 4º, do Código Civil de 2002, que "o proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado".

Questiona-se aqui, se novo instituto poderia apenas ser utilizado nos casos de ação reivindicatória, sob a modalidade de oposição, cuja finalidade seria neutralizar a pretensão do ex-titular do direito.

Antes de tratar sobre o assunto, interessa distinguir as ações reivindicatórias das possessórias. **ARRUDA ALVIM** preleciona que

> A ação reivindicatória se distingue das ações possessórias; e, distingue-se particularmente, da ação de reintegração de posse, que é a modalidade de ação possessória *stricto sensu*, que mais se aproxima da reivindicatória. (...) têm, assim, logicamente, as ações possessórias e a ação petitória objeto mediato idêntico; ambas objetivam a coisa. No entanto, os respectivos objetos imediatos são parcialmente diversos: nas ações possessórias colima-se, além da condenação restituição da coisa, na reintegratória, por exemplo a declaração de que ao autor é que cabe, legitimamente, a posse da coisa. Já na petitória, colima-se também, a restituição da coisa, mas no que tange à *causa petendi* e à declaração ela é mais ampla, porquanto se deseja, neste caso, a declaração de que é ao autor que pertence o domínio, o que [virtualmente no caso] compreende a posse.[317]

---

[316] In *Revista de Processo*, n.º 74, ano 19, abril-junho, 1994, p. 40-47.

MARCO AURÉLIO S. VIANA afirma que

> (...) esse modo de perda da propriedade imóvel realiza-se quando há pedido de restituição da coisa, o que se faz em ação reivindicatória. Efetivamente na letra da lei está dito que o proprietário pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado estiver nas condições que a disposição do parágrafo indica. Por isso entendemos que essa forma de perda da propriedade imóvel se faz em ação reivindicatória, que é ação real. Outra forma de os possuidores haverem o domínio seria em usucapião, matéria de defesa em reivindicatória, também, mas que não envolve a toda evidência nenhuma indenização. Por isso a hipótese legal opera apenas em havendo pedido de restituição da coisa, que se realiza mediante ação reivindicatória.[318]

Se assim o for, para a aplicação do instituto necessário seria o impulso judicial do ex-proprietário na tentativa de reaver seu imóvel para que, somente neste momento, os possuidores apresentassem como sua defesa a exceção de usucapião, comunicando ao Juiz a necessidade de declarar-se o direito já confirmado pela norma legal.

Não acreditamos que essa seja a intenção do legislador, principalmente, em razão do caráter social e de punição/coibição àqueles proprietários que não dão à devida finalidade à propriedade protegida pela Carta Magna.

Oras, se o ex-proprietário foi capaz de abandonar seu imóvel, de forma a possibilitar sua ocupação por "considerável número de pessoas", de se estranhar que, decorridos cinco anos, vislumbre ele qualquer interesse de reaver sua propriedade, até porque comumente conhecida a regra prescricional.

Daí o entendimento de que, se apenas coubesse o direito aqui tratado como forma de defesa, o instituto não atingiria a intenção do legislador, de forma que se considera que o usucapião coletivo, previsto nos parágrafos 4º e 5º do art. 1.228, do Código Civil, poderá ser argüido tanto em ação própria, quanto em oposição.

---

[317] In *Defesa da posse e ações possessórias*, *Op. cit.*, p. 312.
[318] *Comentários ao Novo Código Civil, Dos Direitos Reais*, v. XVI, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 49.

7.2. Intervenção do Ministério Público.

Muito embora o Código Civil não mencione especificamente a obrigatoriedade da participação do Ministério Público para a legalidade do processo, consideramos que, da mesma forma como previsto no usucapião coletivo do Estatuto da Cidade, assim será necessário.

O Ministério Público tem como função precípua a fiscalização do cumprimento das leis e seus princípios, nada mais adequado ao caso, diante do real cotejamento dos direitos fundamentais em questão.

7.3. Citações e intimação das Fazendas Públicas.

Tem-se aqui uma questão digna de enfrentamento. Caso se considere que o usucapião coletivo, previsto nos parágrafos 4º e 5º do art. 1.228, do Código Civil de 2002, somente poderá ser utilizado como matéria de oposição em ações reivindicatórias, ter-se-á que a sentença que acolher a exceção, servirá como título para registro junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente.

Quanto ao tema, cabe esclarecer que a oposição de usucapião como matéria de defesa sempre foi aceita, em razão do fato de se entender como declaratórios os efeitos do instituto, consoante entendimento da Súmula 237, do Supremo Tribunal Federal (“O usucapião pode ser argüido em defesa).

Contudo, o fato da oposição ser acolhida e, conseqüentemente, julgada improcedente a demanda possessória, não autorizava o registro da sentença e a resultante aquisição da propriedade. Deveria o usucapiente propor demanda própria seguindo o procedimento ordinário, conforme dispositivos da lei processual (arts. 941 a 945), tendo em vista que a decisão apenas tinha eficácia entre as partes.

Isso porque, conforme enfatizado por **BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO**

> A sentença possível de ser registrada e com a característica de validade *erga omnes*, permitindo livre disposição da coisa usucapida – *jus disponendi* -, é aquela pronunciada no processo de usucapião, com observância de todas as exigências contidas na lei. O feito é especialíssimo, obrigando a citação de pessoas certas e ausentes, desconhecidas e incertas, com cientificação das Fazendas Públicas e funcionamento do representante do Ministério Público. Não pode a usucapião alegada em defesa ser objeto de registro junto à circunscrição imobiliária competente, justamente por não se atender à séria de providências fixadas em lei. [319]

Com vistas a tornar célere o procedimento, tanto o art. 7º da Lei Federal nº 6.969/1981, quanto o art. 13 do Estatuto da Cidade, autorizaram que as referidas sentenças fossem levadas a registro, constituindo título hábil para a aquisição de propriedade, permanecendo válida, assim, a restrição para as demais modalidades de usucapião (ordinária e extraordinária). Ou seja, para estas modalidades fica mantido o entendimento de que

> (...) o beneficiário por sentença desse jaez sempre necessitou recorrer à ação especial de usucapião para ter a dominialidade completa do bem possuído ao longo do tempo à incidência da prescrição aquisitiva, isto é, para deter o *jus disponendi*.[320]

O maior problema dessa autorização consiste no fato de que as citações de confrontantes e, principalmente, as intimações das Fazendas não são previstas em ações reivindicatórias, discutindo-se a matéria apenas entre atuais ocupantes e ex-proprietários.

Assim, para que não haja qualquer tipo de lesão quanto aos direitos de terceiros (nestes considerados os confrontantes atuais e tabulares, e as Fazendas), para que se firme a publicidade do ato e a oposição *erga omnes* do título, necessário se mostra a cientificação

---

[319] In *A sentença de usucapião e o Registro de Imóveis*, in *Títulos judiciais e o Registro de Imóveis*, coord. Diego Selhane Pérez, Rio de Janeiro: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, 2005, p. 167.
[320] RIBEIRO, Benedito Silvério. In *A sentença de usucapião e o Registro de Imóveis*, in *Títulos judiciais e o Registro de Imóveis*, coord. Diego Selhane Pérez, Rio de Janeiro: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, 2005, p. 167.

da existência da ação a estes[321], conforme previsto no art. 942, do Código de Processo Civil.

É exatamente o que pensa **FRANCISCO LOUREIRO**, que devem

> (...) ser citados o titular do domínio, os confrontantes e as Fazendas Públicas, para figurarem como litisconsortes necessários passivos, sob pena de ofensa ao princípio constitucional do devido processo legal. Em outros termos, não se admite que o titular do domínio seja dele privado sem prévia citação.[322]

Há quem entenda, e entre eles está ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, que não seria necessária a citação de confrontantes e terceiros, devendo a sentença fazer coisa julgada material apenas entre as partes do processo. **FRANCISCO LOUREIRO** ratifica seu posicionamento contrário, uma vez que "eventual registro da sentença poderia a qualquer momento ser desfeito por terceiros não citados, em manifesto prejuízo à segurança das relações jurídicas, à boa-fé de terceiros adquirentes e à força *erga omnes* que emana dos direitos reais".[323]

BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO acrescenta que

> A exceção de usucapião, a princípio, somente pode ser oposta, com validade *adversus omnes*, contra aquele que conste como dono junto ao Registro de Imóveis, incidindo os efeitos da coisa julgada material inter partes, muito embora resguardados direitos de confinantes e outros interessados, mesmo ausentes, incertos e desconhecidos. Se, todavia, o autor da ação for pessoa outra que não o titular do registro imobiliário existente, então a aplicação do art. 7º importaria, realmente, privar de seus direitos, por força da decisão judicial, pessoa que na demanda não fora parte. Tal solução parece importar verdadeiro confisco, sem conceder o direito, ao proprietário (CC, art. 859), de opor-se às pretensões de que invocou a usucapião.[324]

---

[321] "Duas situações mostram-se possíveis. A primeira, de alegação da exceção de usucapião em ação reivindicatória ajuizada pelo titular de domínio. Em tal caso, devem ser citados apenas os demais interessados, quais sejam confrontantes e terceiros por edital, além de cientificadas as Fazendas Públicas. A segunda situação é a da exceção ser alegada em demanda em que não figurar como parte o titular de domínio, hipótese em que deverá ser este obrigatoriamente citado" (LOUREIRO, Francisco. *Op. cit.*, p. 46).

[322] *Op. cit.*, p. 46.

[323] *Op. cit.*, p. 46.

[324] In *A sentença de usucapião e o Registro de Imóveis*, in *Títulos judiciais e o Registro de Imóveis*, coord. Diego Selhane Pérez, Rio de Janeiro: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, 2005, p. 168.

Ainda, voltando a questão do pagamento da indenização prevista no parágrafo 5º do art. 1.228, do Código Civil, tem-se que, caso não haja a intimação das Fazendas, não será possível obrigá-las ao cumprimento da obrigação, em razão da inexistência do cumprimento do devido processo legal.

7.4. Registro do mandado.

Para que se dê o registro do mandado perante o Cartório de Registro de Imóveis competente, além do preenchimento dos elementos previstos no Código Civil, há de se dar também àqueles previstos na Lei Registrária.

Prevê o art. 226, da Lei Federal nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei dos Registros Públicos), que "tratando-se de usucapião, os requisitos da matrícula devem constar do mandado judicial". O art. 945, do Código de Processo Civil, estabelece, ainda, que a sentença será transcrita, mediante mandado, no Registro de Imóveis.

Nestes termos, depreende-se que "a sentença proferida no processo de usucapião é título hábil para ser levado ao Registro Imobiliário competente. No entanto, deve ser encaminhada, mediante mandado, para que possa ingressar no Registro de Imóveis" [325]. Isso porque, conforme ressalta **BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO,**

> Sendo objeto do registro a própria sentença, não é bastante a apresentação de cópias reprográficas autenticadas das peças principais do processo, ou do seu todo, sendo indispensável que sejam acompanhadas do mandado judicial, sob pena de ser inviabilizado o registro.[326]

Depois de recebido o mandado, cabe ao Oficial do Cartório de Registro de Imóveis verificar, *ab initio*, se é competente para o seu registro.

---

[325] RIBEIRO, Benedito Silvério. In *A sentença de usucapião e o Registro de Imóveis*, in *Títulos judiciais e o Registro de Imóveis*, coord. Diego Selhane Pérez, Rio de Janeiro: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, 2005, p. 166.
[326] *Op. cit.*, p. 166.

A competência do Cartório de Registro de Imóveis é vinculada aos "limites territoriais estabelecidos pela lei reguladora da divisão territorial da Comarca".[327] Assim, caso haja dúvidas quanto à localização do imóvel e sua inserção na circunscrição da serventia, o Oficial deverá suspender o ato e devolver o título ao interessado assinalando a respectiva exigência. Se não o fizer e posteriormente for verificada sua incompetência, configurar-se-á nulidade de pleno direito, conforme dispõe o art. 169, da Lei de Registros Públicos.

Especificamente para a Comarca de São Paulo, há um roteiro preparado pela Curadoria de Registros Públicos, que define os seguintes requisitos para pedido de usucapião: (i) descrição do imóvel usucapiendo, com todas as suas características; (ii) descrição dos atos possessórios; (iii) identificação do titular de domínio, cuja citação é imprescindível; (iv) requerimento das citações e cientificações previstas no art. 942, II e § 2º, do Código de Processo Civil; (v) especificação dos possuidores anteriores, definindo a duração de cada período, se for alegada a acessão ou junção de posses; (vi) apresentação de planta do imóvel com medidas perimetrais, área, marcos naturais, localização exata e todos os confrontantes, para efeito de citações e as vias públicas próximas; (vii) apresentação da certidão do registro imobiliário da circunscrição do imóvel, com base no indicador real; (viii) apresentação de certidão vintenária comprovando a inexistência de ações possessórias relativas à área usucapienda.[328]

Contudo, deve sempre se ter em mente que não compete à instância administrativa revisar as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, motivo pelo qual "mesmo que não citados condôminos ou confrontantes que deveriam tê-lo sido, ainda assim a sentença de usucapião, uma vez transitada em julgado, há de ser objeto de registro"[329]. Isso porque, conforme lição de **MARIA HELENA DINIZ**,

> Na instância administrativa somente se verifica se a sentença de usucapião transitou em julgado em seu aspecto formal, isto é, em relação às partes que foram chamadas e acudiram ao chamamento. Questões mais complexas, tais

[327] RIBEIRO, Benedito Silvério. *Op. cit.*, p. 169.
[328] CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos Comentada*, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 459-460.
[329] RT 523/117, in DINIZ, Maria Helena. *Sistema de Registro de Imóveis*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 315.

> como aquelas derivadas de citações que deveriam ter sido feitas e não foram, essas escapam ao âmbito da instância administrativa, sob pena de se erigir esta em obstáculo à força da coisa julgada, em seu aspecto material e formal.[330]

Pensamento idêntico possui **BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO**,

> (...) questões mais complexas, tais como aquelas derivadas de citações que deveriam ter sido feitas e rujo o foram, essas escapam ao âmbito da instância administrativa, sob pena de se erigir esta em obstáculo à força da coisa julgada, em seu aspecto material e formal. A ausência de convocação por edital verificada pelo Oficial do Registro não rechaça o trânsito em julgado e, portanto, não impede o cumprimento do mandado. Trata-se de ineficácia relativa da sentença, como assinala PONTES DE MIRANDA, podendo ser rescindida por infração do art. 942, II, §§ 1º e 2º, do CPC (art. 485, V).[331]

Assim, caso exista alguma irregularidade processual, seja por falta de citação de condômino ou confrontante, deverá o interessado intentar a desconstituição da sentença através da propositura de ação rescisória.

Muito embora não deva o Oficial do Cartório de Registro de Imóveis revisar as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, deve ele exercer o *jus dicere*[332], examinando a validade e legalidade dos documentos lhe apresentados para registro.[333] **BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO,** com arrimo na lição de SERPA LOPES, preconiza que

> Se o Oficial não pode ingressar na análise dos fundamentos das decisões judiciárias, por outro lado estas não podem compelir a que se tome efetiva a inscrição de títulos não subordinados à inscrição ou que contenham defeitos em antinomia com a inscrição. [334]

Caso se verifique, portanto, a inobservância dos requisitos necessários para que se dê o registro da sentença - e isto ocorrerá, provavelmente, nos casos de usucapião coletivo declarados mediante oposição em ação reivindicatória, nos quais é quase certo que não

---

[330] *Op. cit.*, p. 315.
[331] In *A sentença de usucapião e o Registro de Imóveis*, in *Títulos judiciais e o Registro de Imóveis*, coord. Diego Selhane Pérez, Rio de Janeiro: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, 2005, p. 172.
[332] "Deve, por isso, detidamente estudá-los e joeirar se contêm defeitos intrínsecos ou extrínsecos que afetem sua validade, pesquisando os próprios antecedentes do registro no tocante aos imóveis que devem ser inscritos, de modo que, se algum obstáculo descobrir, oponha a necessária dúvida, submetendo-a à decisão judicial. Não é o Oficial mero registrador de títulos, conferindo-lhe a Lei de Registros Públicos a missão de examinar os instrumentos e documentos que lhe sejam apresentados, à luz dos princípios norteadores do sistema registrário" (RIBEIRO, Benedito Silvério. *Op. cit.*, p. 170).
[333] RIBEIRO, Benedito Silvério. *Op. cit.*, p. 170.

serão cumpridos todos os requisitos para tanto -, poderá o Oficial do Cartório utilizar-se da via administrativa para suprir eventuais questões[335], de forma a impedir qualquer nulidade no ato administrativo.

[334] *Op. cit.*, p. 171.

[335] "Cabe realçar que ao Oficial não fica vedado fazer exigências, como no caso de solicitar CIC, cédula de identidade e documentos exigidos por lei (v.g., licença para aquisição de terras rurais por estrangeiro acima do número de módulos permitidos ou prova de autorização e licença para funcionamento de empresa estrangeira). Esses documentos poderão ser apresentados diretamente no Cartório, sem interferência do Juiz expedidor do mandado" (RIBEIRO, Benedito Silvério. *Op. cit.*, p. 173).

8. CONCLUSÕES.

A evolução histórica do direito à propriedade sempre esteve atrelada a fatores políticos, sociológicos e religiosos, sendo certo que nem todos os povos reconheceram a existência da propriedade privada.

O fato é que, antes do direito romano, a propriedade restringia-se às coisas móveis, enquanto considerava-se que o solo era de toda a coletividade. Somente depois do primeiro período do direito romano, com a fixação do *pater famílias,* é que surge a propriedade individual propriamente dita e, conseqüentemente, a necessidade de regulamentação do direito e utilização do usucapião.

Verifica-se que, mesmo após tanto tempo e com a inevitável evolução do direito, o usucapião apresenta-se como um instituto necessário e atual, utilizado indiscriminadamente por todas as classes sociais, tanto para a regularização dos negócios realizados sem as formalidades prescritas, quanto para a aquisição originária do bem por aquele que o manteve como se seu o fosse durante o prazo estabelecido em lei e é por esse motivo que ninguém ignora a importância do usucapião como forma originária de aquisição da propriedade.

No Código Civil brasileiro de 1916 foi o usucapião disciplinado nos arts. 550 a 553. Só podiam ser objeto da ação de usucapião os bens particulares, bens públicos de qualquer natureza, patrimoniais ou dominicais, não eram suscetíveis de usucapião. Contudo, antes da publicação do Código Civil de 1916, admitia-se o usucapião dos referidos bens, exigindo apenas que o período da posse fosse superior a 40 anos, tendo a matéria sido objeto, inclusive, da Súmula 340, do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que dispunha que "desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião".

A Constituição Federal de 1988, além de reiterar essa matéria no parágrafo único do art. 191, provocou mudanças consideráveis no âmbito imobiliário, especialmente no

sentido de “socializar” o direito, determinando-se, entre outros, que a propriedade deve atender sua função social (art. 5º, XXIII). Previu, neste sentido, as modalidades de usucapião especial urbano e rural.

Com o advento do Código Civil de 2002, viu-se a diminuição dos prazos estabelecidos (Extraordinário – de 20 anos para 15; Ordinário – de 15 anos para 10), admitindo-se, ainda, a redução do mesmo prazo em cinco anos, caso estabelecido no imóvel usucapiendo a moradia habitual do proponente, ou nele tiverem sido realizadas obras ou serviços de caráter produtivo (art. 1.238, § único e art. 1.239, § único).

Essa possibilidade de redução do prazo foi introduzida no intuito de que a propriedade cumpra a sua função social, facilitando que possuidor, desde que preenchidos os requisitos legais, adquira o domínio pelo usucapião de forma mais célere, ao invés de beneficiar o proprietário negligente.

Isso porque nada mais degenerado do que o abandono de um imóvel, do que a sua não utilização ou mesmo a sua utilização indevida, e, ao revés, nada mais justo do que privilegiar aquele que, mesmo não sendo dono, trata o imóvel como se seu o fosse. Por essa razão considera-se o usucapião como um dos institutos mais nobres, já que é através dele que se possibilita ao possuidor, desde que acolhidos todos seus requisitos, a obtenção da propriedade em razão do seu cuidado.

Com relação à função social da propriedade, pode se dizer que o seu conteúdo é determinado tanto pelo fundamento da atribuição deferida ao particular, como pelo modo em que é concretamente realizada. Somente é considerada cumprida quando, simultaneamente, são atendidos o aproveitamento racional e adequado, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis, a preservação do meio ambiente e a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (art. 186, I a IV, da CF/1988).

Com a adoção do princípio da função social pelo legislador brasileiro, instituiu-se que o direito de propriedade, dantes absoluto e exclusivo, ora deve ser exercido de modo a

respeitar as finalidades econômicas (i.e., produção de frutos, civis ou jurídicos, moradia etc.) e sociais, a flora, fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico, o patrimônio histórico e artístico, evitando-se a poluição do ar e das águas, sob pena da própria extinção do direito.

Como dito anteriormente, o direito à propriedade foi incluído no rol dos direitos humanos fundamentais de primeira dimensão para a proteção dos súditos contra os suseranos, de forma a manter a ordem, a perpetuar a existência do Estado. Pela concepção clássica de propriedade tinha-se que, independentemente do seu não-uso, o direito à propriedade era perpétuo; no entanto, atualmente, não pode mais assim ser visto.

Hoje, tem-se como característica o uso econômico da coisa, sem ele a propriedade se esvai e é exatamente isto que a função social objetiva, ou seja, coibir o uso degenerado da propriedade a ponto de colocar o seu titular em conflito com as normas jurídicas que a protegem. Isso porque, atualmente, o direito à propriedade é mais nobre, mais dinâmico, deve conter todas as características impingidas com o passar do tempo, deve ser justo, ecologicamente correto e sustentável.

Entretanto, nem por isso deve ser o direito à propriedade extinto, ao contrário, deve ser preservado, uma vez que sua sobrevivência representa uma necessidade econômica para as sociedades civilizadas, impondo-se ao legislador e ao jurista.

Nesta seara, cabe ressaltar que a função social da posse, que é um instrumento recente, não deve ser confundida com a função social da propriedade. Como dito, a posse pode ser considerada como uma das formas de atingimento do princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente quando vista sob o aspecto da posse-trabalho e posse-moradia.

Diferentemente da função social da propriedade, não se pode dizer que a função social da posse configure uma limitação ao exercício do direito. Na realidade, o que se observa é a exteriorização dos seus valores sociais, do seu conteúdo, da sua utilidade e, principalmente, de sua independência perante outros institutos jurídicos, dentre eles a

propriedade. Através da função social da posse pode se alcançar valores tutelados constitucionalmente como a moradia, igualdade, justiça e vida.

Muito embora não esteja expressa na legislação brasileira, tem-se que a função social da posse foi acolhida em nosso ordenamento, posição esta comprovada pela ilação dos princípios constitucionais e pela jurisprudência. Contudo, deve se ter em mente que isso não a torna menos relevante que a função social da propriedade.

Pode se dizer que a função social da posse revela-se na legislação brasileira através do disposto nos arts. 1.238, parágrafo único, 1239, 1.240 e 1.242, parágrafo único, do Código Civil, ou seja, que a função social da posse concretiza-se com a aquisição da propriedade mediante o usucapião, individual ou coletivo, principalmente se entre seus requisitos estiver a utilização do imóvel como moradia habitual ou a exigência de realização de obras ou serviços de caráter produtivo.

Seguindo os princípios da função social da propriedade e da função social da posse, a Lei Federal nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) dispõe que as áreas urbanas com mais de 250 metros quadrados, ocupadas ininterruptamente por mais de cinco anos por população de baixa renda, sem que se possam identificar as respectivas áreas de cada possuidor, podem ser objeto de usucapião coletivo, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

O Código Civil de 2002 prevê instituto semelhante, em seu art. 1.228, §§ 4º e 5º, intitulado por alguns de "usucapião coletivo", diferenciando-se por dispensar o critério de baixa renda e adotar a exigência da boa-fé e da existência no imóvel de obras e serviços considerados pelo juiz de interesse econômico e social.

Para o Professor **CARLOS ALBERTO DABUS MALUF** o usucapião coletivo, da forma como foi incluído no Código Civil de 2002, pode representar um problema sério em contrapartida ao direito de propriedade, assegurado na Constituição Federal. É que faltou ao legislador clareza ao apontar seus requisitos, possibilitando, por exemplo, a duas ou três

pessoas a propositura da referida ação, sem que, com isso, se atinja efetivamente o propósito da lei. Questiona-se, inclusive, a constitucionalidade do usucapião coletivo.[336]

De acordo com os estudos realizados, observa-se que o intuito do legislador com a criação desta modalidade de usucapião é claramente a regularização de estrutura habitacional do espaço urbano para, principalmente, reduzir o grave problema que assola a grande parte das cidades brasileiras, a "favelização". Exatamente por conta disso que o referido artigo restringe a aplicação do instituto às situações nas quais não seja possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor.

E pelo fato de não ser possível, com certa segurança, a individualização dos imóveis – definição de confrontantes, frente à via pública, área ocupada e amarração a pontos geodésicos, entre outras questões -, optou o legislador pela aquisição da propriedade mediante a formação de condomínios, quando preenchidos os requisitos para a declaração do usucapião coletivo. Contudo, muito embora se trate de condomínio, há quem entenda que não existe direito de preferência entre os condôminos, eis que, diante da omissão legal, não há como presumi-lo.

O referido artigo menciona que a utilização deve ser feita por "considerável número de pessoas". Duas ou três pessoas são suficientes para preencher o requisito? Acreditamos que não, o número deve ser realmente considerável, analisado em cada caso concreto, porque é variável.

Há quem entenda que o número a ser considerado varia conforme a densidade populacional da região, havendo diferença para os casos de imóveis rurais e urbanos, tratando-se de verdadeira cláusula aberta a ser preenchida pelo Poder Judiciário. Outros já dispuseram sobre a necessidade de existir mais de uma família assentada, já que o legislador teve como meta o atingimento do interesse social, e não apenas de um núcleo familiar.

---

[336] MALUF, Carlos Alberto Dabus. Direitos reais. In: *Seminário Novo Código Civil Brasileiro: o que muda na vida do cidadão*, 2003, Brasília. Anais. Brasília: Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e

Outra questão a ser analisada, caso a caso, pelo Poder Judiciário é o quesito *"extensa área"*, já que uma área pode ser considerada extensa em determinada região e não ter o mesmo conceito em outra, principalmente diferenciando-se áreas rurais de urbanas.

Já o requisito de existência no imóvel de obras e serviços de interesse econômico e social está intrinsecamente relacionado ao princípio da função social da propriedade, diferenciando-se expressamente das demais modalidades de usucapião.

Com este elemento, o legislador deixou claro que não basta o preenchimento dos requisitos de posse mansa e pacífica por longo espaço de tempo, é necessário também a realização, em conjunto ou separado, de obras e serviços de interesse econômico e social.

Há de se ressaltar que os critérios de interesse econômico e social são diferentes para o âmbito rural e urbano, podendo adotar-se para o primeiro a idéia de produtividade contida no parágrafo 6º da Lei Federal n.º 8.629/1993. Já para os espaços urbanos, a preocupação deverá ser acerca do grau de progresso ou desenvolvimento social implementado pelos ocupantes, quiçá com a criação de unidades de moradia, de lazer, saúde, ou seja, situações criadas de forma a incrementar o bem-estar da população, tutelado em âmbito constitucional nos arts. 182 e 183.

Há quem considere que o instituto previsto no parágrafo 4º do art. 1.228 do Código Civil tem natureza constitutiva, e não declaratória como nos demais casos de usucapião, em razão da expressão "o proprietário também *pode* ser privado". Contudo, entendemos que esta posição não é a mais adequada, visto que também nas outras modalidades de usucapião deve o juiz analisar o caso concreto e verificar se as cláusulas abertas foram devidamente preenchidas. O fato de o artigo enunciar uma possibilidade não desnatura o caráter declaratório do instituto, vez que, preenchidos os requisitos, deverá ser o usucapião declarado.

Informação, Coordenação de Publicações, 2002, p. 230-241.

Ainda, deve ser considerado que pode o usucapião coletivo ser oposto como forma de defesa em ações possessórias, em razão do caráter dúplice das referidas demandas, situação que não seria viável se o instituto fosse entendido como de natureza constitutiva, visto que, antes da prolação da sentença, ainda não existiria um argumento válido forte o suficiente para prejudicar a procedência do pedido.

Prevê o art. 1.228, § 4º, do Código Civil de 2002, que "o proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado". Redação esta que pode levar ao questionamento se novo instituto poderia apenas ser utilizado nos casos de ação reivindicatória, sob a modalidade de oposição, cuja finalidade seria neutralizar a pretensão do ex-titular do direito.

Se assim o for, para a aplicação do instituto necessário seria o impulso judicial do ex-proprietário na tentativa de reaver seu imóvel para que, somente neste momento, os possuidores apresentassem como sua defesa a exceção de usucapião, comunicando ao Juiz a necessidade de declarar-se o direito já confirmado pela norma legal.

Não acreditamos que essa seja a intenção do legislador, principalmente, em razão do caráter social e de punição/coibição àqueles proprietários que não dão à devida finalidade à propriedade protegida pela Carta Magna.

Oras, se o ex-proprietário foi capaz de abandonar seu imóvel, de forma a possibilitar sua ocupação por "considerável número de pessoas", de se estranhar que, decorridos cinco anos, vislumbre ele qualquer interesse de reaver sua propriedade, até porque comumente conhecida a regra prescricional.

Daí o entendimento de que, se apenas coubesse o direito aqui tratado como forma de defesa, o instituto não atingiria a intenção do legislador, de forma que se considera que o usucapião coletivo, previsto nos parágrafos 4º e 5º do art. 1.228, do Código Civil, poderá ser argüido tanto em ação própria, quanto em oposição.

Ainda, caso se considere que o usucapião coletivo, previsto nos parágrafos 4º e 5º do art. 1.228, do Código Civil de 2002, somente poderá ser utilizado como matéria de oposição em ações reivindicatórias, ter-se-á que a sentença que acolher a exceção, servirá como título para registro junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente.

Quanto ao tema, cabe esclarecer que a oposição de usucapião como matéria de defesa sempre foi aceita, em razão do fato de se entender como declaratórios os efeitos do instituto, consoante entendimento da Súmula 237, do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Contudo, o fato da exceção ser acolhida - e conseqüentemente, julgada improcedente a demanda possessória- não autorizava o registro da sentença e a resultante aquisição da propriedade. Deveria o usucapiente propor demanda própria seguindo o procedimento ordinário, conforme dispositivos da lei processual (arts. 941 a 945), tendo em vista que a decisão apenas tinha eficácia entre as partes.

Com vistas a tornar célere o procedimento, tanto o art. 7º da Lei Federal nº 6.969/1981, quanto o art. 13 do Estatuto da Cidade, autorizaram que as referidas sentenças fossem levadas a registro, constituindo título hábil para a aquisição de propriedade, permanecendo válida, assim, a restrição para as demais modalidades de usucapião (ordinária e extraordinária).

O maior problema dessa autorização consiste no fato de que as citações de confrontantes e, principalmente, as intimações das Fazendas não são previstas em ações reivindicatórias, discutindo-se a matéria apenas entre atuais ocupantes e ex-proprietários.

Assim, para que não haja qualquer tipo de lesão quanto aos direitos de terceiros (nestes considerados os confrontantes atuais e tabulares, bem como as Fazendas), para que se firme a publicidade do ato e a oposição *erga omnes* do título, necessário se mostra a cientificação da existência da ação a estes, conforme previsto no art. 942, do Código de Processo Civil.

Superada a questão da possibilidade da sentença constituir título hábil, há de se considerar que, para que se dê o registro do mandado – isso porque para que ingresse no Cartório de Registro de Imóveis é indispensável que a sentença seja acompanhada de mandado judicial -, além do preenchimento dos elementos previstos no Código Civil, há de se dar também àqueles previstos na Lei de Registros Públicos.

Motivo pelo qual poderá o Oficial do Cartório utilizar-se da via administrativa para suprir eventuais questões, de forma a impedir qualquer nulidade no ato administrativo, caso verifique a inobservância dos requisitos necessários para que se dê o registro da sentença - e isto ocorrerá, provavelmente, nos casos de usucapião coletivo declarados mediante oposição em ação reivindicatória, nos quais é quase certo que não serão cumpridos todos os elementos ditados pela Lei Registrária.

Muito embora se trate de modalidade de usucapião, o parágrafo 5º do mesmo artigo prevê que "no caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores".

Em razão disso há quem considere que o instituto não se trata propriamente de forma de usucapião, aproximando-o da desapropriação, já que caberá ao juiz fixar justa indenização devida ao proprietário quando da proposição de ação reivindicatória, e, em sendo pago o preço, a sentença valerá como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Contudo, como visto, não se pode tratar a matéria em apreço como se fosse uma desapropriação, posto que esta possui requisitos e procedimentos totalmente diversos. Na desapropriação é delegada sua competência, a depender da matéria, à União, aos Estados, aos Municípios, ao Distrito Federal, aos Territórios e, mais atualmente, às autarquias e concessionárias de serviço público.

A perda da propriedade por desapropriação foi expressamente prevista no parágrafo 3º do art. 1.228, do Código Civil de 2002, tratando-se, portanto, de casos diversos, além do

que, se o legislador considerasse tratar o instituto de modalidade de desapropriação teria o assim intitulado, como, por exemplo, fez no art. 184, da Constituição Federal.

Fato é que não se pode negar que o instituto em comento tem maiores pontos de aderência ao usucapião (posse exercida por certo lapso de tempo), motivo pelo qual parece mais correta a sua qualificação como tal.

Quanto à questão do pagamento da indenização prevista no parágrafo 5º, há quem ainda acredite que o Estado deva ser o responsável, pois o ocupante jamais terá condições de pagar o preço justo. Para o Deputado **RICARDO FIÚZA**, o Código quis atender à população hipossuficiente e não atingiria objetivo socializante se tivesse estabelecido que a indenização fosse paga pelo ocupante.[337]

Para outros, e a esta corrente se alia o Professor **CARLOS ALBERTO DABUS MALUF**, o ocupante deverá pagar a indenização, pois "se teve capacidade para invadir, ele tem capacidade para pagar".[338] De outra forma, criar-se-á uma desordem civil.

No entanto, o Código deixou a questão em aberto, sem estabelecer por quem deverá ser paga a indenização, para que a jurisprudência assim decida; porém, como poderá o juiz determinar o pagamento da indenização pelo Estado, sem que exista previsão expressa? Poderá o magistrado onerar o erário público, em detrimento de toda população, em favor de algumas poucas pessoas?

Se assim decidir o magistrado, deverá, antes de tudo, ser determinada a intimação dos entes públicos para que seja cumprido o princípio do devido processo legal. De toda forma, cabe ilustrar que a I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal trouxe entendimento que interessa a matéria com o Enunciado 84, pelo qual os possuidores deverão ser responsabilizados pelo pagamento da indenização.

---

[337] Palavras do Deputado RICARDO FIÚZA, no *Seminário Direitos Reais. Novo Código Civil Brasileiro. O que muda na vida do cidadão* apresentado pelo Prof. CARLOS ALBERTO DABUS MALUF, na Câmara dos Deputados em 2003.

[338] MALUF, Carlos Alberto Dabus. Direitos reais. In: *Seminário Novo Código Civil Brasileiro: o que muda na vida do cidadão*, 2003, Brasília. Anais. Brasília: Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, Coordenação de Publicações, 2002, p. 230-241.

Sem prejuízo de todos os comentários que atinem à obrigação do pagamento, cabe tecer algumas considerações sobre o que seria "justo preço". Deve o juiz, para a fixação do preço, ter em conta o valor de mercado da terra nua e das benfeitorias que porventura lá existiam, tudo à época da invasão, a fim de minimizar os danos sofridos pela eventual desvalorização (considerando a hipótese de formação de favela ou cortiço) ou coibir o enriquecimento sem causa (considerando a hipótese de implementação de melhoria).

Quanto à possibilidade de aplicação de juros compensatórios (em analogia à desapropriação), a III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal elaborou o enunciado 240, pelo qual considerou indevidos os juros, uma vez que a justa indenização aludida no parágrafo 5º do art. 1.228 não tem como critério valorativo, necessariamente, a avaliação técnica lastreada no mercado imobiliário.

Cabe ainda trazer a seguinte questão: e se não houver o pagamento da justa indenização? Quais conseqüências este ato trará? Para evitar esse tipo de problemática a ser enfrentada pelo Poder Judiciário, o Projeto de Lei nº 6.960/2002, que previa a modificação de alguns artigos do Código Civil, por sugestão do professor **CARLOS ALBERTO DABUS MALUF**, propôs a alteração do §5º, do artigo 1.228, vinculando a transferência da propriedade ao pagamento integral da "justa indenização".

Nestes termos, restaria suspensa a eficácia da sentença judicial, até que o pagamento fosse concretizado, sempre se respeitando a situação econômica dos ocupantes, vislumbrada a possibilidade de parcelamento do débito.

Certo é que o usucapião sempre serviu para a aquisição da propriedade plena ou limitada de um bem, em contrapartida à perda do direito de outrem, pacificada a jurisprudência no tocante à legitimidade de tal situação, desde que preenchidos os requisitos legais.

Entretanto, muito embora o usucapião coletivo contenha, em parte, todos esses requisitos, o seu advento, da forma em que foi colocado, poderá ser revertido em um

malefício à sociedade, se indevidamente aplicado, fomentando, inclusive, o cometimento de ato ilícito, qual seja, a invasão da propriedade alheia.

E, é nestes termos que o instituto precisa ser analisado e discutido para que a intenção do legislador seja efetivamente alcançada.

9. REFERÊNCIAS.

AGUIAR, MÔNICA. texto gentilmente cedido pela autora pela internet e disponível no site in <www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto247.htm>, acessado em 12 de julho de 2007.

ALBUQUERQUE, ANA RITA VIEIRA. *Da Função Social da Posse e sua conseqüência frente à situação proprietária,* Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2002.

ALVES, JOSÉ CARLOS MOREIRA. *Posse, I: evolução histórica,* Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Direito Romano, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ALVIM, JOSÉ MANOEL ARRUDA. *Comentários ao Código civil brasileiro, volume XI, tomo II: do direito das coisas: (arts. 1.196 a 1.224)*, coord. Arruda Alvim e Thereza Arruda Alvim, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Defesa da posse e ações possessórias*. in *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*, org. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei, São Paulo: Podivm, 2006.

AZEVEDO JR., JOSÉ OSÓRIO DE. *Detenção, posse e propriedade – Breves observações ao Código Civil*, in *Direito Civil e Processo: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, coord. Araken de Assis et al, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Compromisso de Compra e venda*, São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1983.

BALBINO FILHO, NICOLAU. *Registro de Imóveis – Doutrina, Prática, Jurisprudência,* 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, CELSO RIBEIRO. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*, v. 7, São Paulo: Saraiva, 1988.

BEVILÁQUA, CLÓVIS. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua,* Rio de Janeiro: Rio, 1979.

BOBBIO, NORBERTO. *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, PAULO. *Curso de Direito Constitucional,* 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

CAMBI, EDUARDO. *Controvérsias Constitucionais Acerca do Usucapião Coletivo*, in Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Ano II, Número 12, Maio-Jun/2006.

CAMPOS, ANTÔNIO MACEDO DE. *Teoria e prática do usucapião*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1987.

CASTRO, MÔNICA. *A desapropriação judicial no novo Código Civil*. *In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 19, Porto Alegre, 2002.

CENEVIVA, WALTER, *Lei dos Registros Públicos Comentada*, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

CHAMOUN, EBERT VIANA. *Instituições de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES. *A Posse: Perspectivas Dogmáticas Actuais*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2005.

DEBS, NEWMAN, *Aquisição e perda da propriedade – Usucapião: Roupagem dada pelo Novo Código Civil,* in *Revista dos Tribunais*, ano 92, maio de 2003, v. 811, p. 24-34.

DERANI, CRISTIANE. *A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da função social*, in *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 7, nº 27, jul/set de 2002, p. 58-69.

DINAMARCO, CÂNDIDO R. *Usucapião e a posse perdida*, In *Revista de Processo*, n.º 74, ano 19, abril-junho, 1994, p. 40-47.

DINIZ, MARIA HELENA. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. 4, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Sistema de Registro de Imóveis*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *A Lei de Registros Públicos e o Estatuto da Cidade*. In *Estatuto da Cidade - Comentários à Lei Federal 10257/2001*: DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio (Org.)**.** São Paulo: Malheiros, 2002.

DINIZ, SOUZA. *Código Civil Italiano,* Rio de Janeiro: Record, 1961.

GAGLIANO, PABLO STOLZE. *Controvérsias Constitucionais Acerca do Usucapião Coletivo*, in Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Ano II, Número 12, Maio-Jun/2006, p. 37-42.

GOMES, ORLANDO. *Direitos Reais,* 19ª ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

KOJRANSKI, NELSON. *Direitos reais*, in *O Novo Código Civil: Estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*, Ives Gandra da Silva Martins Filho, Gilmar Ferreira Mendes, Domingos Franciulli Netto, coordenadores, São Paulo: Ltr, 2003, p. 981-1016.

LEITE, ARMANDO ROBERTO HOLAND. *Usucapião ordinária e usucapião especial.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 9-12

LEMOS, PATRÍCIA FAGA IGLECIAS. *Reflexos da consagração da função sociambiental da propriedade no Código Civil de 2002*, *in Revista do Advogado*, Ano XXVIII, Junho de 2008, n.º 98, *Novo Código Civil: Cinco Anos de vigência*, AASP, p. 173-185.

LEVITÁN, JOSÉ. *Prescripción adquisitiva de dominio*, 2ª ed., Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1979.

LOPES, MIGUEL MARIA DE SERPA. *Tratado dos registros públicos*, 4ª ed., São Paulo: Freitas Bastos, 1960.

LOUREIRO, FRANCISCO. *Usucapião individual e coletivo no Estatuto da Cidade*, Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 9, jan-mar 2002, p. 25-49.

MALUF, CARLOS ALBERTO DABUS. *Direitos Reais. Novo Código Civil Brasileiro. O que muda na vida do cidadão.* Câmara dos Deputados. Ouvidoria Parlamentar. Centro de Documentação e Informação. Coordenação de Publicações. Brasília: 2003, p. 230-41.

_____. *Código Civil Comentado*, 6ª ed., coord. Regina Beatriz Tavares da Silva, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 1267/1268.

_____. *Ação de desapropriação*, São Paulo: Saraiva, 1985.

_____. *Teoria e prática da desapropriação*, São Paulo: Saraiva, 1999

MALUF, CARLOS ALBERTO DABUS; MONTEIRO, WASHINGTON DE BARROS. *Curso de Direito Civil. Direitos Reais,* v. 3*,* 39ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MARKY, THOMAS. *Curso Elementar de Direito Romano*, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

MEJÍAS, CARLIX DE JESÚS. *La usucapión y las tierras baldías: breves consideraciones*, in Revista de Derecho y Reforma Agraria nº 30, Universidad de Los Andes - Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Venezuela: Instituto Iberoamericano de Derecho y Reforma Agraria, 1999, p. 73-80.

MELLO, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE. *Curso de Direito Administrativo*, 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

MONTÉS, VICENTE L. *La propiedad privada en el Sistema del Derecho civil contemporáneo – Un estudio evolutivo desde el Código Civil hasta la Constitución de 1978*, Madrid: Civitas S.A., 1980.

NAVARRO, AMÍLCAR AQUINO. *Prescrição e Decadência no Direito Imobiliário*, in *Prescrição no novo Código Civil: Uma análise interdisciplinar*. coord Mirna Cianci, São Paulo: Saraiva, 2005.

NEQUETE, LENINE. *Da prescrição aquisitiva* (*Usucapião)*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Ajuris, 1981.

POZO, LUIS FERNÁNDEZ DEL. *La Propiedad Inmueble y El Registro de la Propiedad en las Sociedades Antiguas. El Egipto Faraónico*, Madrid: J. San Jose, 1993.

PRADO, KARINE MONTEIRO. *Usucapião: inovações no Código Civil e no Estatuto da Cidade*, in *Direito Civil e Processo Civil: Estudo em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, coord. Araken de Assis et al, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

REALE, MIGUEL. *Visão Geral do Projeto de Código Civil,* in *RT 752*, p. 22-30.

_____. *Visão Geral do Novo Código Civil*, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>. Acesso em 21/11/2009.

RIBEIRO, BENEDITO SILVÉRIO. *Tratado de Usucapião, 2*ª ed., v. 1 e 2, São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. In *A sentença de usucapião e o Registro de Imóveis*, in *Títulos judiciais e o Registro de Imóveis*, coord. Diego Selhane Pérez, Rio de Janeiro: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, 2005.

RIO, JOSE MANUEL LETE DEL. *Protección del Derecho de Propiedad*, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1975.

RODRIGUES, MANUEL. *A Posse – Estudo de Direito Civil Português*, Coimbra: Almedina, 1980.

RUGGIERO, ROBERTO DE. *Instituições de Direito Civil*. Traduzido e Atualizado por Paolo Capitanio, v. 2, 2ª ed., Campinas: Bookseller, 2005.

SANTOS, ANTONIO JEOVÁ. *Direito Intertemporal e o Novo Código Civil*, São Paulo: RT, 2003.

SARSFIELD, VÉLEZ DE. *Código Civil de la Republica Argentina*. Buenos Aires: Zavalía, 1976.

SILVA, JOSÉ AFONSO DA. *Curso de Direito Constitucional Positivo,* 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

TARTUCE, FLÁVIO. *A função social da posse e da propriedade e o direito civil constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 900, 20/dez/2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7719>. Acesso em: 22/nov/2009.

VENOSA, SILVIO DE SALVO. *Direito Civil. Direitos Reais*, v. 5, 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2009.

VIANA, MARCO AURÉLIO S.. *Comentários ao Novo Código Civil. Dos Direitos Reais,* v. XVI, São Paulo: Forense, 2003.

ZITSCHER, HARRIET CHRISTIANE. *Introdução ao Direito Civil Alemão e Inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

RESUMO

ASPECTOS FUNDAMENTAIS DO USUCAPIÃO COLETIVO.

A presente dissertação de mestrado tem por escopo examinar os aspectos fundamentais do usucapião coletivo, instituto previsto no art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil de 2002. A dissertação é composta de oito capítulos. Nos primeiros, é apresentada pesquisa acerca da evolução histórica do instituto do usucapião e de seus atributos em outros países (Portugal, Alemanha, Itália e Argentina). A seguir, esmiuçou-se o direito à propriedade e à moradia, suas implicações, limitações, bem como o aspecto da função social coligada à propriedade e à posse. Adiante, foram analisadas as modalidades de usucapião previstas na legislação brasileira, seus requisitos e especificidades. Por fim, procurou-se, com mais detalhe, responder questões polêmicas relacionadas ao instituto previsto nos parágrafos 4º e 5º art. 1228, do Código Civil de 2002, dentre elas se trata de modalidade de usucapião ou de desapropriação; de quem seria a responsabilidade pelo pagamento da indenização prevista no parágrafo 5º e quais os critérios para sua quantificação; o que seria utilização por número considerável de pessoas; quais características deveriam possuir as obras e serviços realizados no imóvel usucapiendo; além de questões processuais e registrais relacionadas, principalmente, à propositura e/ou oposição, citação e registro da sentença.

PALAVRAS-CHAVE: Função social da propriedade e da posse – Usucapião coletivo – Desapropriação.

ABSTRACT

KEY ASPECTS OF COLLECTIVE ADVERSE POSSESSION.

This dissertation has the aim to examine the fundamental aspects of collective adverse possession, institute preview in the article Nº 1228, §§ 4th and 5th of the Civil Code of 2002. The dissertation consists of eight chapters. In the first, is presented research on the historical evolution of the institute of adverse possession and their attributes in other countries (Portugal, Germany, Italy and Argentina). Then broke in pieces the right to property and housing, its implications, limitations, and the aspect of social function related to ownership and possession. Ahead, we analyzed the terms of adverse possession provided in Brazilian law, its requirements and specificities. Finally, it was, with more detail, answering controversial issues related to the institute provided in paragraphs 4th and 5th of article nº 1228 of the Civil Code, among them if is a type of adverse possession or condemnation; who would be responsible for payment of compensation referred to in paragraph 5th and the criteria for quantifying it; what would be used by large number of people; which features should have the works and services performed in the possession property; in addition to procedural issues and matters relating mainly to the initiation and/or opposition, summoning and record of the declaratory judgment.

KEYWORDS: Social role of property and possession – collective adverse possession – condemnation.