

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 A PROPRIEDADE.....	13
1.1 Conceito.....	13
1.2 Aspecto histórico.....	16
1.2.1 A propriedade romana.....	21
1.2.2 A propriedade entre os povos germânicos.....	27
1.2.3 A propriedade na França.....	29
1.2.4 O direito português.....	30
1.2.5 As Ordenações.....	35
1.3 A propriedade imobiliária no Brasil.....	38
1.3.1 Aspectos gerais.....	38
1.3.2 O regime das capitanias hereditárias e as sesmarias.....	38
1.3.3 A propriedade rural.....	42
1.3.4 A propriedade urbana.....	43
1.4 Modos de aquisição e de perda da propriedade imobiliária.....	51
1.4.1 O registro do título no Cartório de Registro de Imóveis.....	52
1.4.2 A usucapião.....	55
1.4.2.1 Etimologia.....	56
1.4.2.2 Conceito.....	57
1.4.2.3 Requisitos.....	59
1.4.2.4 Natureza jurídica.....	61
1.4.2.5 A usucapião no direito brasileiro.....	63
2 O USO E A OCUPAÇÃO DO SOLO URBANO.....	69
2.1 Considerações gerais.....	69
2.2 A posse.....	69
2.2.1 Conceito.....	69
2.2.2 A posse: elementos e natureza jurídica.....	71
2.2.3 Classificação e proteção.....	73
2.3 As limitações ao uso da propriedade.....	79
2.3.1 A função social da propriedade.....	80
2.3.2 A desapropriação.....	85
2.3.3 O tombamento.....	89
2.3.3.1 Conceito.....	89
2.3.3.2 Natureza jurídica.....	90
2.3.3.3 O tombamento no Brasil.....	90
2.3.4 A requisição.....	95
3 A CIDADE.....	96
3.1 Aspectos gerais e históricos relacionados com a formação das cidades e seu desenvolvimento.....	96
3.2 A formação das cidades brasileiras: aspectos gerais.....	103
3.3 A migração rural-urbana ocorrida no Brasil, no século XX.....	106
3.4 As regiões metropolitanas.....	108
3.5 O plano diretor.....	109

4	NOVAS TENDÊNCIAS	115
4.1	As inovações ao direito de propriedade introduzidas pela Constituição Federal de 1988	115
4.2	As inovações ao direito de propriedade introduzidas pela Lei n. 10.257/2001 – Estatuto da Cidade	118
4.3	As inovações ao direito de propriedade introduzidas pelo Código Civil de 2002 ..	121
4.3.1	A superfície	121
4.3.1.1	O direito de superfície	124
4.3.1.2	Natureza jurídica	128
4.3.1.3	O direito de superfície no Brasil.....	130
4.3.2	O direito do promitente comprador do imóvel.....	136
4.3.2.1	Origem histórica	136
4.3.2.2	Legislação especial.....	138
4.3.2.3	O compromisso de compra e venda no Código Civil de 2002	145
4.3.2.4	Natureza jurídica	146
4.3.2.5	O Compromisso de compra e venda como contrato preliminar	148
4.3.2.6	Tratamento jurisprudencial.....	150
	CONCLUSÃO.....	152
	Anexo 1 – Número de municípios segundo classes de tamanho da população.....	157
	Anexo 2 – Desenvolvimento das populações urbana e rural de 1940 a 1996, no Brasil, em número de habitantes.	157
	Anexo 3 – Número de municípios por Grandes Regiões e Unidades Federativas.	158
	Anexo 4 – Distribuição da população urbana e rural segundo classes de tamanho de população – Ano 2000.....	159
	Anexo 5 – Número de municípios por existência de legislação e instrumentos de planejamento urbano por Grandes Regiões e Unidades Federativas.....	160
	Anexo 6 – Número de municípios por existência de legislação e instrumentos de planejamento urbano em relação ao total de municípios por Grande Região.	161
	Anexo 7 – Número de municípios por existência de legislação e instrumentos de planejamento urbano em relação ao número total de municípios da Federação. ...	162
	Anexo 8 – Número de municípios por existência de legislação e instrumentos de planejamento urbano segundo classes de tamanho da população dos municípios.	162
	Anexo 9 – Estágio de elaboração dos Planos Diretores Municipais.	163
	REFERÊNCIAS	165

INTRODUÇÃO

O presente estudo trata de um tema que tem sido pouco explorado sob o ponto de vista acadêmico: a propriedade urbana no Brasil.¹

Embora os primeiros colonizadores portugueses que aqui aportaram tivessem a preocupação de fundar vilas que, em alguns casos, posteriormente se transformaram em cidades, parece que referida preocupação, muito mais do que colonizar o território que seria seu novo habitat, destinava-se a dar guarida e proteção à expedição enquanto esta realizava a missão de exploração do território; afinal, conforme reconhecem nossos historiadores, as primeiras missões portuguesas destacadas para o Brasil recém descoberto tinham um objetivo predominantemente predatório.

Isso explica porque nossas cidades e vilas coloniais do século XVI e de boa parte do século XVII foram construídas ao melhor estilo medieval, aproveitando as defesas naturais das encostas, das curvas dos rios ou os cumes dos morros. Outra característica foi a instabilidade da localização, atestando seu caráter precário. Diversas vilas e cidades mudaram de sítio, buscando locais mais salubres ou de defesa mais fácil. Para fundar Salvador, Tomé de Souza não utilizou a Vila do Pereira, do antigo donatário; São Vicente não permaneceu no local indicado por Martim Afonso; o Rio de Janeiro foi transferido para o morro de São Januário, desprezando-se as áreas escolhidas por Villegaignon e Estácio de Sá. O mesmo aconteceu com Vitória, Iguape e Cananéia.²

Além desse aspecto, houve, sob o ponto de vista jurídico, a instituição das sesmarias, que dará a tonalidade do sistema de propriedade no Brasil, até a sua extinção, no século XIX. Nesse mesmo século tivemos a promulgação do Estatuto da Terra e a elaboração do projeto do Código Civil que, bem ou mal, estabeleceram os princípios que passaram a nortear a propriedade no Brasil.

¹ Considerando a extensão do tema, procuramos estudar os aspectos gerais da legislação federal sobre o tema da propriedade, em especial da propriedade imobiliária urbana, deixando, portanto, de tecer comentários, salvo os de caráter meramente exemplificativos, sobre as legislações estaduais e/ou municipais específicas.

² WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José C.M. *Formação econômica do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

Entretanto, considerando que, desde sua origem, o Brasil foi um país essencialmente agrário (basta observar os ciclos de desenvolvimento econômico aqui observados: cana-de-açúcar, extrativismo mineral e café) nosso legislador não teve, ao menos no primeiro momento, preocupação em estabelecer os critérios e limites de uma propriedade urbana. Basta notar que nossa primeira lei regulamentando a cidade, seus limites e desenvolvimento data da terceira década do século XX.

Foi, a partir dessa data, que assistimos à promulgação de uma série de leis disciplinando a ocupação e o uso do solo urbano. A título de ilustração, podemos citar o Decreto-lei n. 58/1937, a Lei n. 649/1949, a Lei n. 4.380/1964, o Decreto-lei n. 271/1967 e a Lei n. 6.766/1979, entre outras. Foi, entretanto, a partir da Constituição de 1988 que a propriedade urbana ganhou destaque. Basta lembrar que referido diploma, além de manter a propriedade como direito e garantia fundamental,³ fato por si importantíssimo na estrutura legal vigente, estabeleceu a exigência de plano diretor como instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão das cidades, obrigatório para os municípios com mais de 20.000 habitantes,⁴ além de manter o consagrado princípio da função social da propriedade urbana⁵ e de estabelecer a usucapião especial urbana.

A citada norma constitucional, inscrita no art. 182, deu origem ao denominado “Estatuto da Cidade” (Lei n. 10.257/2001), promulgado com a finalidade de definir as atividades que caracterizam o uso adequado da propriedade urbana e os parâmetros mínimos e máximos de utilização que caracterizam o uso racional dessa propriedade.

E, para coroar tal tendência, o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002), que entrou em vigor em janeiro de 2003, apresenta mudanças significativas em relação às regulamentações do direito de propriedade implantadas pelo diploma de 1916.

Assim, o presente trabalho começa conceituando a propriedade e apresentando um breve estudo histórico de sua evolução, no ocidente, especialmente naqueles países que apresentaram, e ainda apresentam, forte influência sobre nossa legislação.

Em seguida, o estudo volta-se à propriedade imobiliária no Brasil anotando as peculiaridades da aquisição e da perda da propriedade, com especial atenção à usucapião,

³ A Constituição de 1967 já assegura tal direito no art. 150, que foi mantido pela Constituição de 1969 no art. 153.

⁴ Cf. art. 182, § 1.º.

⁵ Cf. art. 182, § 2.º.

já que referido instituto foi objeto de destaque, tanto na Constituição Federal de 1988, quanto no Estatuto da Cidade de 2001.

Definidos os modos de aquisição e perda da propriedade, cumpre analisar a posse e as principais limitações legislativas ao uso e ocupação do solo urbano, especialmente porque foi essa a tônica da Constituição de 1988 ao estabelecer a necessidade de que a propriedade urbana cumpra sua função social, fixando a desapropriação como mecanismo útil para que o Estado cumpra seu papel fiscalizador na observância desse mister.

Finalmente, cuida-se de analisar a formação das cidades, sob o ponto de vista histórico, tanto no seu aspecto universal, quanto interno e a formação dos conglomerados populacionais ocorridos a partir da segunda metade do século XX, que deram origem à formação das regiões metropolitanas e que alertaram o legislador sobre a necessidade do estabelecimento de planos diretores, com regras básicas objetivando seu desenvolvimento sustentado.

E, por derradeiro, analisar-se-ão as novidades em relação ao tratamento jurídico da propriedade imobiliária, introduzidas no sistema jurídico nacional pela Constituição Federal de 1988, pela Lei n. 10.257/2001 – “Estatuto da Cidade” e pelo Código Civil de 2002.

Cabe ressaltar, por oportuno, que o objetivo deste estudo não é esgotar o tema, que devido à sua amplitude e complexidade não permitiria tal mister, mas trazer à lume algumas questões relacionadas à propriedade imobiliária urbana no Brasil, que, ao nosso ver, merecem maior atenção por parte do legislador, eis que o dinamismo da vida urbana, especialmente das grandes cidades, submete o espaço urbano a uma gama de problemas, que exigem o estabelecimento de regras, muitas vezes criativas, no sentido de solucionar tais problemas ou, quando não, no sentido de contornar ou minimizar seus efeitos.

1

A PROPRIEDADE

1.1 CONCEITO

Segundo ensina Bobbio,⁶ não se observa, ao longo do tempo, mudanças significativas ou fundamentais no significado etimológico do termo propriedade. O substantivo propriedade deriva do adjetivo latino *proprius* e significa: “o que é de um indivíduo específico ou de um objeto específico (nesse caso, equivale a típico daquele objeto a ele pertencente), sendo apenas seu”.

O que se observa, lembra o mestre italiano, é que a etimologia do termo propriedade nos remete a uma oposição que existe entre um indivíduo, ou um objeto específico, e o restante da sociedade ou dos objetos existentes, “como categorias que se excluem reciprocamente”, ou seja, etimologicamente o substantivo propriedade pode ser conceituado como objeto que pertence a alguém, de modo exclusivo.

Ou seja, é:

a relação que se estabelece entre o sujeito A e o objeto X, quando A dispõe livremente de X e esta faculdade de A em relação a X é socialmente reconhecida como uma prerrogativa exclusiva, cujo limite teórico é sem vínculos e onde dispor de X significa ter o direito de decidir com respeito a X, quer se possua ou não em estrito sentido material.⁷

Ainda no dizer de Norberto Bobbio, é possível observar que, nessa relação, se o sujeito A dispõe do objeto X com exclusividade, é de supor que existem outros sujeitos ou elementos e outros objetos na sociedade, todos excluídos da relação entre A e X. Fica, portanto, demonstrado, que a exclusividade é o elemento que melhor distingue o tipo de contraposição existente entre os elementos A e X e o resto dos elementos e objetos do mesmo universo. Daí, ensina Bobbio, surge imediatamente uma primeira conclusão de

⁶ BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASADINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 4. ed. Brasília: Ed. UnB, 1992. 2 v.

⁷ Ibid.

grande interesse para o jurídico: tanto o objeto X quanto o sujeito A da relação de propriedade devem ser identificados.

Importa, entretanto, notar que a relação de que se fala acima é, na verdade, uma relação externa, que, na prática, se estabelece entre sujeitos, já que se trata de uma relação jurídica, que só pode se constituir entre dois arbítrios.⁸

Vale lembrar, a propósito, que essa exclusividade do sujeito em relação à coisa foi o pivô, conforme a lição de Gilissen,⁹ de uma das críticas de Planiol e Ripert em relação à definição de propriedade contida no art. 544 do Código Civil francês de 1804, pois, segundo esse artigo, a propriedade é “o direito de gozar e de dispor das coisas da forma mais absoluta, desde que delas não se faça um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos”. Para Planiol e Ripert, lembra Gilissen, essa definição seria incompleta e inexata, pois não coloca em “evidência o caráter exclusivo da propriedade: esta consistiria na atribuição do gozo de uma coisa a uma pessoa determinada com exclusão de todas as outras”.

Passando dos aspectos etimológico e sociológico, anteriormente apontados, para o aspecto jurídico, torna-se forçoso concluir, com o festejado mestre italiano, que a citada relação, que, em tese, é uma relação igualitária — já que todos os homens podem ser titulares do Direito de Propriedade — só pode ser estabelecida por lei. E, como não poderia deixar de ser, essa relação igualitária de propriedade se delinea unicamente no campo teórico, já que, na prática, há uma discriminação quantitativa e socialmente avaliável: o dinheiro. Referida discriminação, assevera Bobbio, pode ser claramente percebida quando se toma o núcleo central dos conceitos, tanto jurídico quanto sociológico, de propriedade, ou seja: a faculdade exclusiva de A dispor e decidir com respeito a X.¹⁰

⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando P. Baptista e Ariani B. Sudatti. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003. p. 39.

⁹ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 635.

¹⁰ Vale lembrar, também, as posições de Hobbes e de Locke sobre a propriedade: eis que, enquanto Hobbes afirma que a introdução da propriedade é um efeito do Estado, só pode ser um ato do soberano e consiste em leis que só podem ser feitas por quem tiver o poder soberano; para Locke o Estado deve proteger a propriedade privada, considerando que ela já existe como direito no estado de natureza, pois resulta do trabalho do homem. HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001; LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil - e outros escritos*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

Da lição de Moreira Alves,¹¹ extraímos que:

os romanos não definiram o direito de propriedade. A partir da Idade Média é que os juristas, de textos que não se referiam à propriedade, procuraram extrair-lhe o conceito. Assim, com base num rescrito de Constantino (C. IV, 35, 21), relativo à gestão de negócios, definiram a propriedade como *suae rei moderator et arbiter* (regente e árbitro de sua coisa); de fragmento do Digesto (V, 3, 25, 11), sobre o possuidor de boa-fé, deduziram que a propriedade seria o *ius utendi et abutendi re sua* (direito de usar e de abusar da sua coisa); e de outra lei do Digesto (I, 5, pr.), em que se define a liberdade, resultou a aplicação desse conceito à propriedade que, então, seria a *naturalis in re facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid aut ui aut iure prohibetur* (faculdade natural de se fazer o que se quiser sobre a coisa, exceto aquilo que é vedado pela força ou pelo direito).

No mesmo sentido é a lição de Gilissen¹² mostrando que:

nas *Instituições* (2,4,4) da época de Justiniano, o proprietário tem uma *plena potestas* sobre a coisa. Os glosadores dirão que a propriedade é o *ius utendi et abutendi*, o direito de usar e de abusar da coisa. Pothier vai buscar à doutrina romanista a fórmula: *usus, fructus, abusus*. A Declaração dos Direitos do Homem de 1789 considera a propriedade como “inviolável e sagrada”. Fonte de riqueza, e daí, de poder, a propriedade, tanto mobiliária como imobiliária, está na base do capitalismo.

Lembra ainda o professor Moreira Alves que os juristas atuais continuam enfrentando dificuldade para estabelecer um conceito único de propriedade, não apenas pelo fato do direito de propriedade ser específico para cada país, mas também, e principalmente, pela “dificuldade de se resumirem, numa definição, os múltiplos poderes do proprietário”.

Para John Gilissen,¹³ essa dificuldade pode, também, ser atribuída à multiplicidade de formas de propriedade que podem ser encontradas no decorrer do tempo, nos diversos tipos de sociedades. Tal multiplicidade, ensina, vai desde a propriedade familiar até a estatal, passando pela coletiva, comunitária e pública.

¹¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. II. p. 281.

¹² GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. p. 635.

¹³ *Ibid.*, p. 636.

Referida dificuldade, como visto, já se encontrava entre os romanos, pois, conforme ensina Venosa¹⁴ “é difícil precisar o momento em que surge, na sociedade romana, a primeira forma de propriedade territorial. Não é muito clara nas fontes a forma de propriedade comum na primitiva Roma”. Em vista disso, as definições que têm sido propostas pelos mais notáveis romanistas pecam, sempre, por incompletas, como ensina o mestre Moreira Alves.¹⁵

Entretanto, em que pese a dificuldade dos juristas em estabelecer um conceito único de propriedade, parece restar claro que os múltiplos poderes do proprietário remetem, de modo convergente, à maneira exclusiva que este possui determinada coisa, em face dos demais membros da sociedade.

Digno de nota em relação ao instituto é que, apesar da dificuldade dos juristas em estabelecerem um conceito único para a propriedade, o termo se mantém unívoco através do tempo e em praticamente todas as sociedades existentes, confirmando a importância que exerce, como instituição, sobre a estrutura organizacional, visto ser o instituto uma das principais realidades observáveis nas sociedades ao longo dos tempos.

Vale, ainda, lembrar a lição de Orlando Gomes,¹⁶ para quem o conceito de propriedade deve ser realizado segundo os critérios sintético, analítico e descritivo. Sinteticamente, ensina, é de se definir a propriedade à maneira de Windscheid, ou seja, como a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa. Analiticamente, a propriedade é o direito de usar, fruir e dispor de um bem, e de reavê-lo de quem injustamente o possui. Descritivamente, a propriedade é o direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei.

1.2 ASPECTO HISTÓRICO

A propriedade ganha importância, nas diferentes épocas e lugares, porque o homem, desde os primórdios da civilização, tem duas preocupações básicas: a subsistência e a fixação da moradia, itens fundamentais para sua sobrevivência.

¹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 5. p. 170.

¹⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*.

¹⁶ GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

Segundo Engels,¹⁷ referidas preocupações foram relacionadas pelo professor inglês Morgan que, em uma ordem precisa, situou a pré-história da humanidade catalogando os progressos obtidos pelo homem na produção dos meios de subsistência. Para tanto, dentre as épocas conhecidas, o autor inglês centrou sua atenção em catalogar as principais épocas como o selvagerismo e a barbárie, subdividindo-as em estágios (inferior, médio e superior), segundo os progressos obtidos na produção dos meios de subsistência, tendo em vista a habilidade empregada nessa produção.

No estágio inferior (selvagerismo),¹⁸ “los hombres permanecían aún en los bosques tropicales o subtropicales y vivían, por lo menos parcialmente, em los árboles”. Esta, aliás, seria a única explicação para que pudessem continuar existindo entre as grandes feras selvagens. Os frutos e as raízes seriam seu principal alimento. No estágio médio começaram com “el empleo del pescado (incluimos aqui tambien los crustáceos, los moluscos y otros nimaes acuáticos) como alimento y con el uso del fuego.”¹⁹ Este novo alimento, juntamente com a descoberta do fogo, teria dado ao homem a possibilidade de tornar-se independente do clima e dos lugares, permitindo-lhe, ainda nesse estágio, expandir-se pela Terra, seguindo o curso dos rios; utilizar-se de novos alimentos, como as raízes e os tubérculos farináceos; além de possibilitar a caça, que lhe foi possível graças à invenção das primeiras armas.

O estágio superior, por sua vez:

comienza con la invención del arco y flecha, gracias a los cuales lega la caza a ser un alimento regular, y el cazar, una de las ocupaciones normales. El arco, la cuerda y la flecha forman ya un instrumento muy complejo, cuya invención supone larga experiencia acumulada y facultades mentales desarrolladas, así como el conocimiento simultáneo de otros muchos inventos. Si comparamos los pueblos que conocen el arco y la flecha, pero no el arte de la alfareria (con el que empieza, según Morgan, el trásito a la barbarie), encontramos ya algunos indicios de residencia fija em aldeas.²⁰

¹⁷ MARX y ENGELS. *Obras Escogidas*. Madrid: Ed. Fundamentos, 1977.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

O que chama a atenção, neste caso, é a informação contida no referido estudo, de que o desenvolvimento verificado no período mencionado é considerado um fenômeno absolutamente geral, sem distinção de lugar.

Quanto ao período histórico, que, segundo Engels, Morgan qualificou de Barbárie, merecem acolhida para a finalidade do presente estudo o estágio inferior, que tem como traço característico a domesticação e criação de animais e o cultivo de plantas, e o estágio superior, que, segundo o referido professor inglês, só existiu de modo independente no Oriente.

A domesticação de animais, além de tornar possível o estabelecimento de diferenças no desenvolvimento das regiões (aquelas com maior número de animais domesticáveis são, de modo geral, mais desenvolvidas), possibilita, também, o estabelecimento de um estágio médio no Ocidente e no Oriente, pois torna possível observar diferenças entre eles. Assim, “en Este, comienza con la domesticación de animales y en Oeste, con el cultivo de las hortalizas por medio del riego y con el empleo de adobes (ladrillos secados al sol) y la piedra para la construcción.”²¹ Registra, nesse estágio, a existência de tribos indígenas no Mississipi que cultivavam alguns alimentos e, especialmente, viviam em casas de pedras em forma de fortaleza.

Abre-se um parêntesis para lembrar que essa forma de habitação ainda pode ser encontrada nos dias atuais, principalmente em algumas localidades da Ásia, mais especificamente na província chinesa de Shaanxi, que abriga perto de quarenta milhões de habitantes em suas cavernas, consistentes de grutas encravadas nas encostas dos morros ou de buracos escavados em lama calcária.

Segundo reportagem publicada em 1994, na revista *Os Caminhos da Terra*, na extensa área da citada província chinesa, que equivale, aproximadamente, ao território do Estado de São Paulo, as pessoas vivem dentro da terra por motivos práticos, pois, localizada no coração do Platô de Lama Calcária, Shaanxi vem sendo coberta pela substância há milhões de anos. Ventos oriundos do deserto de Gobi transportam partículas até o platô, cobrindo as terras férteis com uma massa que chega a ter duzentos metros de espessura.²²

²¹ MARX y ENGELS. *Obras Escogidas*.

²² EID, A. *Os Caminhos da Terra*, ano 3, n. 22, p. 51, fev. 1994.

Não se pode esquecer, também, que nos primeiros anos deste século XXI ganharam destaque na imprensa internacional as cavernas existentes no Afeganistão, que, segundo amplamente noticiado, servem de moradia para parcela considerável da população local.²³

O estágio superior da Barbárie, que conforme sustenta Engels, com Morgan, só existiu de modo independente no Oriente, supera a todos os outros estágios, principalmente no tocante à produção. A este estágio pertencem os gregos da época heróica, as tribos itálicas de pouco antes da fundação de Roma, os germanos de Tácito e os normandos do tempo dos vickings.

Nessa época inicia-se a aplicação de algumas técnicas agrícolas, como a utilização do arado, o que propiciou melhores condições de subsistência, motivando, assim, um rápido aumento da população, que se instala densamente em pequenas áreas, possibilitando, com isto, embora de modo incipiente, a formação de aglomerados populacionais.

A divisão estudada anteriormente é, sem dúvida, de grande importância para o estudo da propriedade pois, como afirma Orlando Gomes,²⁴ para estudar-se a evolução

²³ A referência apontada confirma a lição de Gillissen, quando informa que, “a par da propriedade individual que o gozo de uma coisa a uma dada pessoa – que se chama também propriedade pessoal ou propriedade privada – há formas de propriedade familiar, colectiva, comunitária, pública e estatal. Esta multiplicidade de formas aplica-se, sobretudo, à propriedade fundiária, ou seja, à propriedade da terra; mas também àquilo a que chamamos, desde o século XIX e sob a influência da doutrina marxista, os ‘meios de produção’. Numa história da propriedade, pode então ser útil servirmo-nos de uma tipologia de formas de propriedade; propomo-nos fazer uma classificação em quatro tipos: - propriedade individualista, ou seja, a sua forma mais absoluta, seja a do direito romano clássico seja a do *Code civil* de 1804; - propriedade dividida, como a dos diversos direitos reais do feudalismo; - propriedade comunitária, ou seja, o uso dos bens por uma comunidade: família, clã, aldeia, cidade, etc; - a propriedade colectivista, ou seja, a que pertence a uma grande colectividade, em geral o Estado. Ter-se-ia tendência para traçar a evolução como levando necessariamente de um tipo ao outro; por exemplo, da comunidade primitiva para o sistema de propriedade dividida, depois deste para a propriedade individualista, para chegar, finalmente, à propriedade colectivista, estatal. Foi, aproximadamente, o que foi feito por muitos historiadores e, sobretudo, por pensadores políticos ou por economistas. Mas a realidade é bem diferente. Encontram-se quase sempre os quatro tipos simultaneamente; quando muito, há um tipo que predomina, sem excluir os outros. Por exemplo, na sociedade capitalista do séc. XIX, a maior parte da propriedade é individualista, mas permanecem sobrevivências das comunidades rurais dos séculos precedentes; o Estado é, muitas vezes, o maior proprietário, possuindo tudo o que está no domínio público e mesmo no seu domínio privado (florestas dominiais, estradas, edificios públicos, armas e munições, etc). Na época feudal, a propriedade dividida domina, sob a forma de *tenures* (tendências precárias ou ‘propriedade beneficinal’), sobretudo nos feudos e censos; mas há propriedades alodiais cujo dono faz quase o que quer; continuam a existir também muitas propriedades comunitárias, nomeadamente de aldeia. No regime socialista da U.R.S.S., se as propriedades coletivas são de longe as mais importantes, persistem propriedades ‘pessoais’, umas pertencentes à comunidade familiar, outras estritamente individuais. Nas sociedades em que predomina a propriedade comunitária, como por exemplo na Alemanha e também noutras zonas de África e Ásia em certos períodos, a propriedade individual existe pelo menos para certos objectos pessoais ou certas parcelas do solo.” LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil - e outros escritos. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

²⁴ GOMES, Orlando. *Direitos reais*. p. 97.

histórica da propriedade, necessário se faz aludir às transformações fundamentais que sofreu no curso dos tempos, registrando-se as formas próprias que tomou, em sucessivos regimes econômicos, coincidentes com os períodos históricos em que se costuma dividir a história da civilização.

Para esse fim, prossegue o mestre baiano, interessa lembrar a conceituação do direito de propriedade no sistema jurídico dos romanos, a que vigorou no regime feudal e a que predomina no regime capitalista.

Assim, no sistema romano teria prevalecido a propriedade como o que se qualifica modernamente de individualista, onde cada coisa tem apenas um dono e os poderes do proprietário são os mais amplos.

Já, no regime medieval, observa-se a quebra desse conceito unitário, posto que sobre o mesmo bem há a concorrência de proprietários, dissociação que, segundo Orlando Gomes revela-se por meio do binômio “domínio eminente e domínio útil”. O titular do primeiro concede o direito de utilização econômica do bem e recebe, em troca, serviços ou rendas. Quem tem o domínio útil perpetuamente, embora suporte encargos, possui, em verdade, uma propriedade paralela.

No regime capitalista, também graças às revisões do direito romano (autêntica no século XIV e de perspectiva histórica nos séculos XIX e XX), o conceito unitário de propriedade é restaurado e os poderes que ela confere são exagerados, a princípio, exaltando-se a concepção individualista. Ao seu exercício não se antepõem restrições, se não raras e o direito do proprietário é elevado à condição de direito natural, em pé de igualdade com as liberdades fundamentais.

Entretanto, conforme se viu acima, na lição de Gilissen, é preciso tomar um certo cuidado quando se afirma que a história da propriedade foi evoluindo de um tipo a outro, como se fosse em um crescendo tendente ao aperfeiçoamento de formas, eis que, na realidade, no mais das vezes encontram-se várias formas de propriedade convivendo lado a lado, independentemente do sistema político ou econômico adotado. O que se pode afirmar, com um grau razoável de certeza, é que existe, em cada período histórico, uma forma predominante, ou seja, uma forma de propriedade, dentre aquelas elencadas, que se destaca em relação às demais formas.

1.2.1 A propriedade romana

Quando analisamos a vida de uma sociedade, moderna ou antiga, é comum que encontremos a entidade familiar ocupando papel de destaque, seja sob o aspecto econômico, como fonte produtora de riquezas, seja sob o aspecto jurídico, como fonte produtora de normas. Com a sociedade romana não foi diferente, posto que, de acordo com Lopes:

a importância do direito privado romano está diretamente ligada ao papel que a própria família desempenha na sociedade romana em particular. O direito privado, quando bem analisado, é um sistema de regras pelo qual se mantém unida a família como entidade produtiva.²⁵

Segundo o mesmo autor, as regras de sucessão e de casamento vão muito além das obrigações comuns entre os cônjuges, posto que estabelecem verdadeiras obrigações sociais, já que a família é a principal entidade produtiva na Roma desse período, tendo o pai como chefe.

E, após sobrelevar a importância do direito de propriedade (*dominium*), como uma espécie de jurisdição, “de poder de comandar as coisas e as pessoas da família e não surpreende que o pai dê origem ao patrão”,²⁶ conclui, com Villey,²⁷ que:

o sujeito por excelência do direito romano não é o indivíduo, muito embora sejam encontradas regras de proteção do escravo, da mulher, das crianças: o sujeito é o pai de família, capaz de deter propriedade, realizar negócios, dar unidade de ação a este complexo produtivo que é a *casa*.

Vale lembrar, aqui, a sempre atual e esclarecedora lição de Coulanges²⁸ quando ensina que a família ficando, por dever e por religião, agrupada em redor do seu altar, fixa-se ao solo tanto quanto o próprio altar. A idéia de domicílio surge espontaneamente. A família está vinculada ao lar e este, por sua vez, encontra-se fortemente ligado ao solo.

²⁵ LOPES, José Reinaldo Lima. *O direito na história*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 59.

²⁶ *Ibid.*, p. 59.

²⁷ VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito. Os meios do direito*. Tradução de Márcia V. M de Aguiar; verificação técnica de Ari Solon. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 60.

²⁸ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Rideel, 2005. p. 46.

Estreita conexão se estabeleceu, portanto, entre o solo e a família. O solo deve ser a sua residência permanente, que nunca pensará deixar, a não ser quando algo superior a force. Assim como o lar, a família ocupará sempre este lugar. O lugar lhe pertence: é sua propriedade, propriedade não de um só homem, mas de uma família, cujos diferentes membros que vierem a nascer devem, um após outro, viver e morrer ali.

Portanto, sendo a casa o complexo produtivo da sociedade romana, em torno da qual se mantém a família, que tem no pai a figura do chefe (patrão), não é de estranhar que qualquer perturbação a esse complexo sistema resultaria em perturbação à ordem pública. Daí notar-se, também nesse período, a criação de institutos de proteção desse complexo produtivo, entre os quais se destacam os interditos possessórios, uma criação pretoriana visando à proteção do possuidor de boa-fé (não amparado pelo direito quirítario). Daí a doutrina majoritária entender que os interditos são, em última análise, uma espécie de proteção da ordem pública.

Essa idéia da casa e da família como elementos de destaque na gênese da propriedade também é defendida por Mumford ao afirmar que:

antes mesmo que a cidade tomasse forma, deve ter havido alguma fixação em castas e ocupações especiais, por meio de transmissão, dentro de uma determinada família, do conhecimento secreto de processos ou habilidades ancestrais. Mas os primeiros verdadeiros especialistas urbanos foram, provavelmente, os membros dos grupos armados de caça, que desdenhavam do trabalho manual repetitivo e cotidiano, e dos guardiões do santuário, que provavelmente eram isentos dos ofícios manuais.

Conforme a lição de Moreira Alves²⁹ no direito romano clássico “encontramos ao lado da propriedade quirítaria, três situações análogas à propriedade, às quais os romanistas, em geral denominam *propriedade bonitária* (também chamada *pretoriana*), *propriedade provincial* e *propriedade peregrina*.”

A propriedade quirítaria (*ius quirítium*) era, conforme ensina José Reinaldo Lima Lopes:³⁰

um direito herdado, que não se poderia haver por convenção (porque se tratava da filiação aos patriarcas). O *dominium ex iure quirítium* era a “propriedade”

²⁹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. p. 282.

³⁰ LOPES, José Reinaldo Lima. *O direito na história*. p. 50.

romana plena sobre determinados bens e para determinadas pessoas, portanto. Era um *status* do qual gozavam apenas os pais de família.

Podia também ser exercida, assevera Moreira Alves,³¹ “por um latino ou peregrino que tivesse o *ius commercii*”. Lembra ainda este autor, que “o *ius quiritium* não podia recair sobre os bens de propriedade do povo romano e/ou do imperador”.

Essa propriedade quirítária, lembra Moreira Alves, era adquirida por meio de uma das formas solenes de aquisição da propriedade, ou seja, por meio da *mancipatio* ou da *in iure cessio*.

Havia, entretanto, a possibilidade, ainda conforme Moreira Alves,³² de outros, que não os pais de família, adquirirem a propriedade (propriedade *bonitária*). Neste caso, essas pessoas adquiriam uma *res Mancipi* apenas pela *traditio*, portanto, sem a *mancipatio*. Nestes casos, como é óbvio, não havia a possibilidade do adquirente invocar o *ius quiritium*, que, como visto, era exclusivo dos patriarcas. Assim, também conforme a mesma lição de Moreira Alves:

a *traditio* não transferia ao comprador o domínio *ex iure Quiritium* sobre a *res Mancipi*, e, em consequência disso, o vendedor continuava a ter a propriedade quirítária sobre a coisa, podendo reivindicá-la do comprador. Essa situação era, sem dúvida, iníqua para este. O pretor, então, passou a protegê-lo com a *exceptio rei uenditae et traditae* (exceção de coisa vendida e entregue): quando o vendedor, alegando o domínio *ex iure Quiritium*, movia uma ação de reivindicação contra o comprador, este paralisava o direito daquele com a exceção que se referia à venda e à entrega da *res Mancipi*. Tal proteção, no entanto, não tornava o comprador proprietário quirítário da *res Mancipi*, o que só se verificava quando decorria o lapso de tempo necessário para que o comprador adquirisse a propriedade quirítária por usucapião (no direito clássico, um ano para as coisas móveis; e dois, para as imóveis). Enquanto não ocorria usucapião, havia duas espécies de propriedade sobre a coisa: a quirítária (que era a do vendedor, que, no entanto, não podia utilizar-se da coisa nem obter sua restituição por meio da *rei uindicatio*) e a bonitária ou pretoriana (que era a do comprador, que usava da coisa, e que se defendia do vendedor, se preciso, mediante a *exceptio rei uenditae et traditae*).

³¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. p. 283.

³² *Ibid.*, p. 283.

Sobre o usucapião, suas origens e sua evolução, trataremos mais adiante como item específico.

Havia, também, conforme a mesma lição de Moreira Alves,³³ a propriedade provincial:

uma espécie de propriedade que existia apenas com relação a imóveis que estavam situados nas províncias, às quais não tinha sido estendido o *ius Italicum* (caso contrário, como já salientamos, sobre esses imóveis haveria a propriedade quirítária). Nessas províncias, o proprietário do solo é o povo romano (se se trata de província senatorial) ou o príncipe (se se trata de província imperial); os particulares – fossem ou não cidadãos romanos – não podiam ter mais do que a posse (*possessio*) sobre esse solo, e assim mesmo mediante o pagamento do *stipendium* (para o povo, romano, se província senatorial) ou do *tributum* (para o príncipe, se província imperial).

Existia, ainda, a propriedade peregrina. Era, no início, mais uma posse que uma propriedade, já que os peregrinos, “que não possuíam o *ius commercii*, não podiam ter, sobre coisas móveis ou imóveis, a propriedade quirítária. Se comprassem imóveis ou móveis suscetíveis de propriedade quirítárias, podiam, apenas, ser possuidores”.³⁴

É, nesse período, que, segundo Lopes.³⁵

os pretores passam a dar uma ação formular que copia a fórmula antiga, mas já é uma novidade. Aos poucos se estende a proteção de maneira geral. Se sobre algumas terras e para algumas pessoas não há direito de *dominium* (sobre terras públicas e comuns ou para peregrinos), sem dar uma ação para que o possuidor “reivindique sua terra” o pretor usa do seu poder de polícia e impede, em nome da boa ordem pública, que aquele que está de boa-fé seja desalojado: dá um “interdito”, obrigando à restituição se houve violência. Protege a posse até criar uma “propriedade pretoriana”.

Sobre os interditos é sempre oportuna a lição de Ribas,³⁶ com fundamento na opinião de jurisconsultos, a palavra *interdictum* vem, etimologicamente, “de *interdicere*, como sinônima de *denuntiare et prohibere*”. Assim, para o autor, somente se deve

³³ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. p. 284.

³⁴ *Ibid.*, p. 284.

³⁵ LOPES, José Reinaldo Lima. *O direito na história*. p. 50.

³⁶ RIBAS, Antonio Joaquim. *Acções possessórias*. São Paulo: Miguel Melillo, 1901. p. 189.

considerar como interditos os proibitórios; os *restitutorios* e os *exhibitorios* denominam-se *decreta*.

Parece, entretanto, que não existe unanimidade quanto à origem etimológica do vocábulo interdito. Segundo lecionam Cruz e Tucci e Azevedo,³⁷ citando Biscardi:

com o termo *interdictum*, as fontes não designam somente um único conceito, mas inúmeros (e.g.: podiam indicar tanto a ordem emitida pelo pretor: *edere interdictum*; como a faculdade de provocá-la: *postulato interdicti*). Mais plausível, entretanto, é a doutrina da Riccobono, ao escrever que *interdictum* significava *inter duos dicere*, em razão da destinação da ordem do magistrado *cum imperium*, que, geralmente, era proferida entre as partes.

A criação dos interditos, conforme a lição de Cruz e Tucci e Azevedo:³⁸

especialmente do interdito *uti possidetis*, foi determinada pela necessidade de proteção da posse da propriedade conquistada (*ager publicus*), pois, o possuidor, despido do domínio, não tinha meios para que fosse resguardada a sua posse pacífica.

No mesmo sentido é a lição de Lopes³⁹ anteriormente citada, para quem, em virtude do *ius quiritium* ser um direito herdado, que não podia ser invocado pelo estrangeiro, tornou-se necessária a criação de uma proteção àquelas pessoas que, sendo possuidores, não tinham como invocar e garantir o domínio sobre o bem adquirido.

Assim, tendo em vista que ao pretor incumbia primordialmente a administração da ordem pública é de se concluir que o objeto primordial do interdito era proteger a ordem pública. Era, no dizer de Tucci e Azevedo,⁴⁰ “um meio de coação indireta”, visto tratar-se de uma ordem de um pretor a um particular, em atendimento à solicitação de outro particular quando, via de regra, se configurava uma situação de ameaça, turbação ou esbulho da posse.

Ainda sobre o instituto, podemos citar que o interdito possessório, que era o meio utilizado pelos romanos para a tutela jurídica da posse, tanto no sentido preventivo

³⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: RT, 1996. p. 112.

³⁸ *Ibid.*, p. 112.

³⁹ LOPES, José Reinaldo Lima. *O direito na história*. p. 50.

⁴⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. p. 113.

(interdito proibitório), quanto por intermédio dos “interditos *retinendae possessionis*, *recuperandae possessionis* e *adipiscendae possessionis*, que visavam a conservar, recuperar ou adquirir a posse”, foi, posteriormente, adaptado ao processo medieval, chegando, conseqüentemente, às Ordenações.⁴¹

Novamente com Ribas,⁴² temos que, com o advento do império e a posterior substituição do processo formular pelo extraordinário, “os interditos perderam a sua razão de ser, e se confundiram com as ações, conservando apenas a sua peculiar denominação”.

A característica marcante desse processo interdital era, conforme ensinam Cruz e Tucci e Azevedo,⁴³ a sumariedade. Assim, ao pretor cabia tão-somente o exame dos pressupostos de fato, para conceder, ou não, o interdito postulado que, conforme ensinam, tinha caráter administrativo, uma vez que era calcado no poder de polícia do pretor.

Outros, porém, como Ribas,⁴⁴ afirmam que tal processo em vez de ser sumário, era muito complicado. Para esse autor, o processo interdital era muito semelhante às nossas ações possessórias “propostas dentro de ano e dia da lesão da posse, em que se começa pelo mandado expedido pelo juiz, convertendo-se, porém, o mandado em simples citação, desde que o réu pede vista dos autos para deduzir sua defesa” (anote-se que a referência do Conselheiro Ribas é relativa às ações instituídas pelo Regulamento 737, de 25/11/1850, recepcionado pelo Dec. 763, de 19/11/1890). No processo romano —conclui—, o Pretor, quando provocado por uma parte, mas em presença de ambas, decidia as questões “sem exigir prova alguma, proferia imediatamente a ordem prevista no Editó”. “Proferido o *interdito* o réu podia opor a exceção ou a defesa que tivesse, e então o Pretor nomeava o *judex* ou *arbiter*, e a ordem contida no interdito se transformava em fórmula”.

Assim, tendo em vista que “o escopo último, em regra, era a tutela do estado atual da coisa litigiosa, entende-se que o interdito possuía natureza cautelar”.⁴⁵

Essas diferentes espécies de propriedade, conforme leciona Moreira Alves,⁴⁶ começam a desaparecer no período pós-clássico:

⁴¹ MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos especiais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 113.

⁴² RIBAS, Antonio Joaquim. *Ações possessórias*. p. 194.

⁴³ CRUZ E TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. p. 114.

⁴⁴ RIBAS, Antonio Joaquim. *Ações possessórias*. p. 193.

⁴⁵ CRUZ e TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*.

⁴⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. p. 285.

até que, no tempo de Justiniano, só vamos encontrar – como no direito moderno – uma única, disciplinada por normas que, no período clássico, se aplicavam a uma ou outra das diversas espécies. Assim, a propriedade no direito Justinianeu, era transferida pela *traditio* (no direito clássico, isso ocorria com relação à propriedade pretoriana); estava sempre sujeita ao pagamento de impostos (no período clássico, só a propriedade provincial o estava); e sobre ela pesava uma série de limitações impostas por necessidade da administração pública (o que, no direito clássico, se dava com referência à propriedade provincial).

O Edito de Caracala, de 212 d.C.; a instituição de impostos a todos os imóveis que gozavam de isenção, pelo Imperador Diocleciano, que governou entre 285 a 305 d.C.; o desaparecimento das formas solenes de aquisição da propriedade quirritária (*mancipatio e in iure cessio*) e a fusão do *ius civile* com o *ius honorarium* são apontados por Moreira Alves,⁴⁷ respectivamente, como causas da extinção das propriedades peregrina, provincial, quirritária e pretoriana.

1.2.2 A propriedade entre os povos germânicos

Ensina Gilissen⁴⁸ que “por falta de documentos, conhecemos muito mal a evolução da noção de propriedade entre os germanos”. Ainda, segundo o mesmo autor, as teorias elaboradas pelos historiadores germânicos a respeito da propriedade existente entre aqueles povos são discutíveis, tendo em vista que foram construídas sobre frases ou fragmentos de textos de autores latinos, como Tácito e César.

De qualquer modo, ainda que se discuta a exatidão da afirmação anterior, parece mais aceitável, inclusive para o próprio Gilissen, que entre os germanos existiu uma propriedade mobiliária individual e uma propriedade imobiliária do tipo comunitária. Assim, enquanto os móveis, como as armas e os utensílios, pertenciam ao patrimônio de uma pessoa, as terras, quando muito, só podiam ser objeto de apropriação comunitária, do clã e da família.

Ainda, de acordo com Gilissen⁴⁹ “havia provavelmente duas noções sobrepostas de propriedade comum: a propriedade do clã (que se tornará propriedade comum da aldeia quando da fixação do clã ao solo) e a propriedade da família”. Afirma o mesmo autor que:

⁴⁷ Ibid., p. 285.

⁴⁸ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. p. 637.

⁴⁹ Ibid., p. 637.

é comumente aceita, para explicar tal sobreposição, a tese de que o clã se fixava em um determinado território e, periodicamente, normalmente, a cada ano, o chefe do clã reparte a terra entre as famílias, para que estas pudessem estabelecer as culturas, forma que perdurou até o século XX.

Assim, leciona o mesmo Gilissen:⁵⁰

ao lado da apropriação comum pelo grupo social (clã, aldeia) aparece a apropriação privada, pelas famílias, do solo no qual está construída a cabana, e mesmo do solo que a rodeia, bem como daquele em que estão enterrados os antepassados. Esta terra não é objecto de uma apropriação individual, sendo a família quem a detém e não podendo o chefe de família dispor dela a seu alvedrio.

Lembra ainda o mesmo autor, que este tipo de compropriedade familiar deixou marcas durante a Idade Média e mesmo na época moderna, eis que, na época franca era proibida ou pelos menos dificultada a alienação das terras dos antepassados (terras aviáticas), as quais só podiam ser transmitidas *causa mortis*, aos herdeiros varões. Nessa mesma época só era permitida a venda de terras em casos extremos e, mesmo assim, com a concordância de todos os membros da família.

Ou seja, também entre os germanos é marcante a unidade em torno do núcleo familiar como unidade produtiva, tendo na figura do pai e do chefe do clã as figuras centrais, em torno dos quais gravitam todas as atividades sociais.

É de notar, também, que o caráter sagrado da propriedade, especialmente da casa, que já existia entre os povos primitivos, continuou a existir também no direito germânico, com sinais marcantes na Idade Moderna pois, como se afirmou antes, a própria Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, considerava a propriedade inviolável e sagrada.

Conforme se analisará mais detidamente adiante, o fenômeno parece se repetir na Idade Média, na Península Ibérica pois, apesar da escassez de documentos e informações, tanto sobre as relações sociais, quanto sobre a legislação adotada pelos povos que habitavam a Península Ibérica no período primitivo – anterior ao período romano -, há fortes indícios, e concordam os autores, de que a família e seus costumes eram o que existia de comum no período.

⁵⁰ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito.*, p. 636.

Conforme ensina Cruz e Tucci e Azevedo,⁵¹ “entre as comunidades dispersas pelo campo, após a ocupação dos sarracenos, estrutura-se um ordenamento jurídico costumeiro, de aplicação local, resíduo das inúmeras experiências jurídicas que tinham atravessado o território da península.”

1.2.3 A propriedade na França

É pacífico entre os autores que estudaram o tema, que o direito francês, no período da monarquia, adotou, no tocante à propriedade, um regime que pode ser considerado uma fusão entre o direito romano e o direito germânico. Assim, enquanto as terras sálicas ou aviáticas eram consideradas bens familiares, sagrados, e que, em vista disso não poderiam ser alienadas sem a concordância de todos os herdeiros, havia, também, as terras consideradas adquiridas (propriedades individuais), sobre as quais não pesava qualquer proibição de alienação. As terras adquiridas, conforme ensina Gilissen, eram resultantes dos apossamentos efetuados pelos romanos no período das invasões.

Vigorou, no referido período, o sistema denominado *beneficium*, onde o rei confere benefícios em troca de favores que lhe são prestados pelos nobres ou pelos vassalos. No que tange à propriedade, esse sistema ganha uma importância especial, mormente no período carolíngio (séc. VIII - IX d.C.), em vista da instituição das tenências, especialmente dos feudos e dos censos,⁵² verdadeiro desmembramento da propriedade, por meio do qual o senhor continuava com a propriedade plena (alódio), mas cedia o uso e o gozo em troca de favores.

⁵¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004. p. 120.

⁵² Segundo leciona Gilissen “no séc. X estão, assim, reunidos os elementos essenciais do regime de bens imobiliários que vai subsistir até o fim do séc. XVIII. Ao lado do alódio, verdadeira propriedade fundiária, as formas mais usuais de direitos reais são as tenências, sobretudo os feudos e os censos. a) *As tenências: feudos e censos*. De entre as tenências, o benefício vassalático tomou, nos sécs. X e XI, o nome de *feodum*, em francês “*fié*” (alemão, *Lehen*; holandês, *leen*). As prestações do vassalo, tenente do feudo, eram antes de tudo o serviço militar a cavalo; por outro lado, devia ajudar o senhor com seus conselhos e, por vezes, também financeiramente. Ao lado dos feudos, tenências de caráter militar e político, havia um grande número de outras, cuja razão de ser era fundamentalmente econômica: cultivar a terra concedida, fornecendo ao senhor prestações em espécie ou em dinheiro. Essas tenências fundiárias tiveram nomes muito variados: o mais comum no norte de França era o de “censive” (*censo*), deduzido do termo “censo, que designa prestação em espécie ou em dinheiro dos cultivadores directos. Noutros lugares são utilizados, com sentidos mais ou menos variados, termo como *champart*, *bourgage*, *mainferme*, *bail à complaint*, *casement*, *bordelage*, *cologne*; em alemão, *Erbpacht*, *Erbleihe*. A origem das tenências fundiárias deve ser procurada nas dos colônos do Baixo Império romano e, sobretudo, na *precaria* franca. Constatada-se, assim, um verdadeiro desmembramento da propriedade na Baixa Idade Média: em relação em relação a uma parcela da terra dada, goza de direitos reais um número mais ou menos grande de pessoas, limitando-se mutuamente os direitos de cada um.” GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. p. 641.

Cumprir notar que referido sistema perdurou até a Revolução Francesa, mais especificamente até a Assembléia Constituinte de 4 de agosto de 1789, que, decretando a destruição do feudalismo, estabeleceu a libertação do solo dos encargos, instituindo, deste modo, a propriedade plena, livre e individual, nos moldes da propriedade romana.

1.2.4 O direito português

Em que pese o fato de que o direito brasileiro sofrer uma considerável influência dos direitos francês e alemão, especialmente a partir de meados do século XIX, influência esta que, por fugir ao âmbito deste estudo, deixamos de analisar, é inegável que nosso sistema jurídico ainda mantém muitos aspectos e influências do direito português, mesmo porque, desde o descobrimento, até a edição do Código Comercial e do Regulamento 737, ambos de 1850, e posteriormente do Código Civil de 1916, as Ordenações foram nosso ordenamento positivo vigente. Daí o porquê de estudarmos alguns aspectos desse direito no âmbito do presente trabalho.

A doutrina contemporânea costuma dividir a história do direito português em períodos, segundo critérios “que os autores consideram predominantes ou decisivos na evolução jurídica, ou que mais perfeitamente a traduzem.”⁵³ Assim, em que pese o fato de existir uma certa subjetividade nessa divisão, é comum encontrarmos esse direito dividido em quatro grandes períodos. São eles: período primitivo; período romano; período germânico ou visigótico e período do domínio muçulmano e da reconquista cristã.

a) Período primitivo:

Denomina-se primitivo o período anterior à dominação romana. São escassas as informações sobre os povos que habitavam a Península Ibérica naquele período, seja quanto às suas relações sociais, seja no tocante à legislação por eles adotada. Apesar dessa escassez de informações, parece não haver dúvidas, entre os doutrinadores, como é o caso de Costa de que, ao longo do denominado período primitivo, não existia, em Portugal, “um direito único, que vigorasse uniformemente em todo o território, mas sim muitos ordenamentos jurídicos.”⁵⁴

⁵³ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 76.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 85.

Após sobrelevar as características do direito peninsular pré-romano Costa conclui:

que o direito primitivo teve exclusiva ou predominante natureza consuetudinária na generalidade do território peninsular. A grande maioria dos povos autóctones conheceu como fonte de direito apenas o costume: as normas jurídicas surgiram pela prática reiterada das mesmas condutas, perante os vários problemas e situações sociais, acompanhada da convicção ou consciência da sua obrigatoriedade.

b) Período romano:

Os autores que se ocuparam do tema, entre os quais está Costa,⁵⁵ costumam dividir a ocupação romana na Península-Ibérica em duas fases: “uma fase de conquista, que termina em 19 a.C., com o domínio dos territórios cantábricos e astures; e uma fase de romanização, quer dizer, de progressivo conhecimento e assimilação, pelos povos autóctones, das formas de vida, da cultura e do direito dos Romanos,”⁵⁶ fase esta que perdurou até, aproximadamente, o século III d.C.

Segundo o mesmo autor, entre as características dessa fase de romanização da península-ibérica destacam-se:

a assimilação lenta da cultura e da civilização dos Romanos pelos povos autóctonos; a concessão da latinidade aos habitantes da Península, devida a Vespasiano (73/74 d. C.); e a concessão da cidadania romana aos súditos do Império em geral, no tempo de Caracala (212 d. C.).⁵⁷

A concessão da latinidade e a concessão da cidadania são consideradas fundamentais e decisivas para a romanização jurídica da península, uma vez que ela passou a ter acesso à legislação, especialmente após a constituição do Imperador Caracala, quando mais da metade da população da península recebe a cidadania.

Com a decadência do Império Romano do Oriente e o início das invasões alemãs, tem início uma nova fase da vida sóciopolítica da península, com inevitáveis conseqüências no campo jurídico eis que, conforme ensina Cruz e Tucci,⁵⁸ entre os séculos VIII e XI:

⁵⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. p. 120.

a unidade jurídica deixada pelos romanos é fragmentada pelos visigodos sob a égide do *Liber Judiciorum*. Entre as comunidades dispersas pelo campo, após a ocupação dos sarracenos, estrutura-se um ordenamento de direito costumeiro, de aplicação local, resíduo das inúmeras experiências jurídicas que tinham atravessado o território da península.

c) Período visigótico:

Nos primeiros tempos do domínio visigodo estabelece-se o costume na península, costume que passa de pai para filho. As instituições eram mantidas como hábito, uma vez que, atingir a paz de um vizinho poderia significar a expulsão da comunidade e, conforme ensina a boa doutrina, ser expulso era como ser condenado à morte.

Prevalecia, entre os povos germânicos, certas tradições, como as ordálias e o duelo judiciário.

Na península-ibérica, segundo ensina Cruz e Tucci,⁵⁹ citando Braga da Cruz, “vigorava um sistema de direito romano vulgar, que era o produto da conjugação de dois fatores que se relacionavam: a persistência de certas práticas consuetudinárias anteriores à conquista romana e a degenerescência do direito romano clássico”.

Segundo Costa:⁶⁰

os Germanos, durante o ciclo de migração através do Império, conservaram os seus costumes jurídicos. Mas, por outro lado, também se sustenta que não os tenham impostos às populações romanizadas, muito mais numerosas, em que se enquadraram. A situação correspondia, pois, ao princípio da *personalidade* ou da *nacionalidade do direito*, quer dizer, à coexistência de sistemas jurídicos diversos dentro do mesmo território, devendo cada pessoa reger-se pelo direito de sua raça.

Por outro lado, é também aceita a tese de que os reis germânicos, começando a tomar contato com essa legislação romana peninsular, percebem rapidamente os benefícios que uma legislação escrita poderia lhes trazer. Tanto é assim que, em 654, entra em vigor o denominado código visigodo, determinando que, daquela data em diante, aquela era a única lei passível de aplicação na península.

⁵⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. p. 93.

⁶⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. p. 106.

Ocorre, entretanto, que em 711 a Península Ibérica sofre nova invasão, agora pelos muçulmanos, com a conseqüente expulsão dos visigodos para as Astúrias, onde permanecem por um longo período, aproximadamente três séculos, quando, no limiar do século XII, começam a reconquista.

Os muçulmanos possuíam uma legislação própria, de forte cunho religioso, com punições muito severas, mas que não foi aplicada aos povos cristãos da península. O juiz muçulmano, via de regra, somente intervém quando uma das partes é muçulmana.

Aliás, essa pequena influência da legislação muçulmana na península pôde ser constatada após a reconquista (neo-visigótica), ocorrida no século XV. Com a expulsão dos muçulmanos, pouquíssimas normas muçulmanas ali se fixaram, a parceira agrícola é uma das raras exceções.

d) Período da reconquista:

Conforme ensina a boa doutrina, é durante esse longo processo de reconquista, que vai do século XII até o século XV, com a expulsão definitiva dos muçulmanos do reino de Granada, que o então rei, Afonso VI, de Leão, cede a D. Teresa – sua filha proveniente de uma ligação extraconjugal e que, posteriormente, se casa com D. Henrique, nobre da Borgonha que auxilia na reconquista – uma espécie de condado, denominado Condado Portucalense. Nesse território, o filho de D. Teresa e de D. Henrique, Afonso Henriques, irá fundar o reino do Portugal, após a reconquista de Lisboa, ocorrida em 1140.

Será, portanto, por intermédio de D. Afonso Henriques e seus sucessores, que o direito lusitano começa a se consolidar. Estamos em um período anterior à recepção do direito canônico, onde predominam os costumes, conforme citado, uma vez que o direito canônico ainda não havia sido recepcionado e a vigência do código visigótico terminara por volta do ano 1000.

Não existe, na Península Ibérica, nesse período, a vassalagem, comum às demais regiões da Europa, uma vez que, em virtude da reconquista, os habitantes lutam ao lado do rei, sendo concedidas, por este, honras àqueles que participavam da reconquista. Os próprios nobres participavam dessas lutas, como é o caso do próprio D. Henrique, da Borgonha.

Conforme ensina a boa doutrina, o rei justo era aquele que dava coisas: aos pobres ele dava esmolas, aos nobres, um pedaço do reino. É um período em que toda a riqueza baseava-se na terra.

É interessante notar que, em virtude das lutas pela reconquista, forma-se uma nova nobreza. Exemplo clássico citado pela doutrina é o seguinte: se uma mulher ficasse viúva de um nobre que morrera em batalha e viesse a se casar novamente, as honras do falecido passariam ao novo marido. Desse modo, fala-se em honra velha e em honra nova.

Esse fato é significativo porque, quando os denominados “juizes de fora” (que eram nomeados pelo monarca em substituição aos juizes da terra), iam efetuar uma inquirição, verificavam de onde provinha a honra e, se o novo ocupante não conseguisse comprová-la, as terras voltavam ao rei.

Características, também desse período, são as concordatas realizadas entre o rei e o bispo, que tinham por finalidade a concessão de terra para a Igreja.

Segundo a lição de Cruz e Tucci,⁶¹ era comum, nessa época:

a circulação de coleções de preceitos costumeiros e de *precedentes judiciais*. Denominados *fueros*, em Espanha, e *forais* ou costumes municipais, nas fontes portuguesas – apesar da dificuldade (comum, aliás, a quase todas as instituições medievais) de estabelecer o seu preciso significado –, eram um documento escrito, outorgado pelo monarca, contendo as regras jurídicas próprias de uma determinada comunidade, com âmbito de vigência restrito a um específico território.

Existiam, nessas localidades, as Cortes, espécie de parlamento, onde, inicialmente, compareciam somente os nobres e, com o passar do tempo, a eles se associam os representantes do povo. A partir do momento em que se observa o fortalecimento do monarca, essas cortes desaparecem.

Nesse período, ainda vigoram alguns traços marcantes do direito germânico, como é o caso dos “concelhos dos homens bons”, espécie de assembleia que se reunia, em sua comunidade, para apreciar e julgar os litígios. Não existia recurso e o processo representava, do ponto de vista simbólico, uma interação de costumes e tradições.

⁶¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. p. 121.

A assembléia dos homens bons designava alguns de seus membros, geralmente três, que seriam os responsáveis pelo processo, ou seja, seriam os juizes.

1.2.5 As Ordenações

Passamos, em seguida, a uma rápida abordagem das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, nesta ordem, especialmente com relação à posse e à propriedade, em virtude da importância que referidas legislações tiveram para o direito brasileiro, especialmente as Filipinas, que aqui vigoraram por quase três séculos.

a) Ordenações Afonsinas:

Embora alguns coloquem em dúvida o ano exato da publicação das Ordenações Afonsinas, a doutrina majoritária considera que elas foram publicadas no ano de 1446, em nome de D. Afonso V.

Trata-se das primeiras compilações de leis portuguesas, organizadas em cinco livros. É uma legislação que possui as características típicas do direito romano-canônico, tendo na escrita e na publicidade aspectos marcantes.

Segundo a boa doutrina, encontram-se entre as características marcantes dessa legislação: a obrigatoriedade da fundamentação da sentença pelo juiz e a apelação. Esta última, aliás, foi uma das razões que levou o monarca a compilar as leis, ou seja, uma forma de controle das atividades dos juizes locais.

O procedimento é solene (“ordinário”), escrito e bastante formal. Entretanto, ao lado deste, havia, por influência do direito canônico, a previsão, para determinadas causas, de um procedimento mais simplificado e menos formal.

Um aspecto importante a ser ressaltado, especialmente para os fins desse estudo, é que, no tocante à revelia, o Livro III das Ordenações Afonsinas faz distinção entre ação real e ação pessoal. Se a ação fosse real, ocorrendo a revelia, o autor obtinha, desde logo, a imissão na posse. A própria lei, no entanto, abrandava esse rigor, dizendo que a revelia poderia ser relevada se o réu apresentasse o pagamento ou o registro. Ressalta-se, portanto, a nítida importância do documento sobre a ausência.

Também é considerado muito avançado nessas Ordenações, a previsão da transação como ato de auto-solução dos conflitos.

É recepcionada a reconvenção, já existente no direito canônico, embora não conhecida dos romanos. Entretanto, excetuam-se, deste instituto, o esbulho e o depósito, que são ações dúplices.

Quanto às provas, destaca-se, como já dito anteriormente, a documental, com especial destaque para as escrituras públicas, no caso das ações reivindicatórias.

b) Ordenações Manuelinas:

Trata-se, na verdade, de uma compilação das Ordenações Afonsinas e, para alguns, teve o grande mérito de ser uma verdadeira sistematização daquela. Conforme ensina Costa,⁶² em 1505 o então rei D. Manuel, que teria encarregado uma comissão de três juristas da época (há dúvidas entre os autores sobre a exatidão dos nomes que compõem a comissão):

Rui Boto, que desempenhava as funções de chanceler-mor, o licenciado Rui Grã e João Cotrim, corregedor dos feitos cíveis da Corte, que procederam à atualização das Ordenações do Reino, alterando, suprimindo e acrescentando o que entendessem necessário.

Terminada a atualização, as Ordenações foram publicadas em 1521, ano da morte do rei D. Manuel, que foi sucedido por D. João III.

Entretanto, em 1526, D. João III, que era extremamente religioso e adepto do direito canônico, nomeou uma comissão composta de juristas com tal inclinação, determinando-lhes que fosse elaborada uma reforma às então recém-publicadas Ordenações Manuelinas, com a finalidade precípua de acelerar a marcha do processo. Referida alteração é conhecida como a “nova ordem do juízo”.

Entretanto, conforme ensina o mesmo Costa:⁶³

uma dinâmica legislativa acelerada, característica da época, teve como efeito que, a breve trecho, as Ordenações Manuelinas se vissem rodeadas por inúmeros diplomas avulsos. Estes não só revogavam, alteravam ou esclareciam muitos de seus preceitos, mas também dispunham sobre matérias inovadoras. Acrescia a multiplicidade de interpretações vinculativas dos assentos da Casa da Suplicação. Tornava-se imperiosa a elaboração, pelo menos, de uma coletânea

⁶² COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. p. 281.

⁶³ *Ibid.*, p. 285.

que constituísse um complemento sistematizado das Ordenações, permitindo a certeza e a segurança do Direito.

E, acrescenta, que coube:

a iniciativa ao Cardeal D. Henrique, regente na menoridade de D. Sebastião, que encarregou o licenciado Duarte Nunes do Lião de organizar um repositório do direito extravagante, ou seja, que vigorava fora das Ordenações Manuelinas. Assim, em 1569, são publicadas essas alterações, impropriamente denominado de Código Sebastião.

Referido “Código” não teve o condão de revogar as Ordenações Manuelinas, como efetivamente não revogou, apenas efetuou uma compilação, inclusive incorporando a legislação esparsa existente no período, bem como efetuou o que parece ser seu grande mérito, uma verdadeira sistematização das Ordenações Manuelinas.

Trata-se, portanto, de uma legislação compilada, que coincide, em muitos aspectos, com as disposições das Ordenações Afonsinas.

Ainda, passível de destaque, é o fato de que as Ordenações Manuelinas estavam vigentes por ocasião do descobrimento do Brasil e aqui tiveram aplicação até sua substituição pelas Ordenações Filipinas.

c) Ordenações Filipinas:

Com a morte de D. Sebastião ascende ao trono português o então Rei de Espanha, Filipe II, que passa, dessa forma, a ser II de Espanha e I de Portugal e, praticamente, rei do mundo inteiro, em virtude do Tratado de Tordesilhas.

Apesar de serem editadas sob o domínio espanhol, que durou de 1580 a 1640, as Ordenações Filipinas, datadas de 1603, são genuinamente portuguesas, posto que, D. Filipe I, com extrema habilidade política, nomeou uma comissão de juristas portugueses para efetuar a reforma das Ordenações Manuelinas, então em vigor.

Conforme ensinam aqueles que estudaram o assunto com profundidade, o principal motivo dessa reforma foi o Concílio de Trento, que estabeleceu a contra reforma na Igreja, trazendo reflexos para o direito canônico e fora dele, em especial para o direito civil, eis que modifica o casamento e a família, com a introdução, naquele, dos proclamas, da necessidade de testemunhas e da pronúncia da palavra sim.

Tratando-se de normas rigorosas, nem todos os países adotaram os procedimentos implantados pelo Concílio de Trento, entretanto, Portugal, em virtude da religiosidade de D. João III e de D. Henrique, havia adotado tal postura. Em consequência, houve a necessidade de efetuar-se a adequação de alguns artigos das Ordenações Manuelinas.

Além disso, viu-se a necessidade de se adequar as disposições das Ordenações com as regras de algumas leis extravagantes.

Assim, em 1603 entra em vigor, em Portugal e no Brasil, aquele que seria o diploma legislativo de maior duração no período, as Ordenações Filipinas, que vigoraram em Portugal até 1867 e, no Brasil, até 1917.

1.3 A PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA NO BRASIL

1.3.1 Aspectos gerais

A história da propriedade imobiliária no Brasil remonta ao ano de 1530, com a instituição do regime das capitanias hereditárias pelo então rei de Portugal, D. João III. Referido regime que, à época do descobrimento era regulamentado pelas Ordenações Manuelinas, tinha por objetivo efetuar o povoamento do território recém descoberto.

Com o regime das capitanias foi também introduzido no Brasil o sistema das sesmarias, que, segundo a opinião majoritária dos historiadores que se ocuparam do tema, tornou-se a chave do sistema de propriedade no Brasil, tendo em vista que permaneceu em vigor até a edição da Lei n. 601, de 1850, em que pese o fato de que, em 1822, a concessão das sesmarias havia sido suspensa.

Vê-se, portanto, que o sistema de propriedade, no Brasil, permaneceu ligado ao sistema português até meados do século XIX, quando começam as primeiras tentativas do legislador pátrio em implantar um regime específico.

1.3.2 O regime das capitanias hereditárias e as sesmarias

O regime das capitanias hereditárias, conforme a lição de Prado Junior,⁶⁴ dividiu o Brasil, mais especificamente, a costa brasileira (o interior era ainda desconhecido), em

⁶⁴ PRADO JR., Caio. *História econômica do Brasil*. 35. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 32.

pequenas porções de terras denominadas capitânicas, as quais foram doadas a titulares que gozavam “de grandes regalias e poderes soberanos”. A esses donatários, que passaram a ser proprietários da quase totalidade da costa brasileira, foram outorgados, pelo rei, “poderes para nomear autoridades administrativas e juizes em seus respectivos territórios, receber taxas e impostos, distribuir terras etc”.

Essa forma de distribuição de terras públicas a particulares, que se denomina sesmarias, estava amparada na norma do título LXVII do Livro IV das Ordenações Manuelinas e foi mantida no título XLIII do Livro IV das Ordenações Filipinas, com a seguinte redação: “sesmarias são propriamente as dadas de terras, casaes, ou pardieiros que foram, ou são de alguns Senhorios, e que já em outro tempo foram lavradas e aproveitadas e agora o não são”.

Vale mencionar, por oportuno, que Cândido Mendes de Almeida,⁶⁵ ao comentar o citado título XLIII das Ordenações Filipinas lembra, citando Viterbo, que embora exista alguma controvérsia sobre a origem do termo sesmaria, é mais comumente aceito que referido termo derive da palavra latina *sesma(o)*, que significa “a sexta parte de qualquer coisa”. Sendo assim, afirma o citado autor, “as dadas das terras virgens do Brazil não se poderia chamar Sesmarias, mas como se achavão desaproveitadas, assim também foram denominadas”.

O regime das sesmarias foi, segundo Wehling,⁶⁶ “a chave do regime de propriedade no Brasil até o século XIX, legalizando a ocupação de terras”. Permanece, entretanto, em discussão, segundo a mesma doutrina, se a instituição das sesmarias teria originado “o latifúndio nas fazendas agrícolas, nas de criação e nos engenhos ou se apenas deu-lhe uma sanção jurídica, coonestando uma realidade econômica que ocorreu independente dela e para a qual não contribuiu decisivamente”.

Sem entrarmos no âmago da discussão apontada, o que se denota é que o regime das sesmarias permaneceu em vigor até 17 de julho de 1822, data da entrada em vigor da Resolução n. 76, que suspendeu as concessões de sesmarias.

Coube a Martim Afonso de Souza a tarefa de organizar e implantar o regime das capitânicas hereditárias e, conseqüentemente, das sesmarias, no Brasil. Referido sistema

⁶⁵ ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Ordenações Filipinas*, Livro IV. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985. p. 822.

⁶⁶ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José C.M. *Formação econômica do Brasil*. p. 80.

teve início em 1532, com a criação de 15 capitais hereditárias ao longo da costa, com extensões que variavam entre 50 e 100 léguas⁶⁷ cada uma.

Há, entre os autores, alguma divergência em relação ao caráter feudal do regime das capitanias hereditárias implantado no Brasil. Parece, entretanto, haver consenso de que, embora existam semelhanças entre os dois sistemas, a relação rei-donatário era muito diversa da relação suserano-vassalo existente no regime feudal. A relação rei-donatário, em que pese o fato de Portugal viver, à época, um regime absolutista, é uma relação de soberano-súdito. Além disso, os poderes concedidos pelo soberano ao donatário extrapolam, e muito, os limitadíssimos direitos concedidos pelo suserano ao vassalo.⁶⁸ Importa acrescentar, ainda, que, conforme relatou-se anteriormente, a Península Ibérica não implantou o sistema de propriedade feudal, em vista da reconquista.

Ao donatário era assegurado o direito de conceder sesmarias, sem qualquer limitação de área ou quantidade. Entretanto, o governo imperial, por meio de duas Cartas Régias, estabeleceu limites à área das sesmarias. A primeira dessas Cartas, de 1695, limitou a área total das sesmarias em quatro léguas quadradas, sendo quatro de comprimento e uma de largura. A segunda, de 1697, limitou a área das sesmarias em três léguas.

Referidas sesmarias eram, em princípio, concedidas aos cidadãos portugueses,⁶⁹ de forma gratuita. Exigia-se do sesmeiro apenas o pagamento do dízimo à Ordem de Cristo e o cultivo da terra no prazo estabelecido na carta de doação. Esse prazo, segundo a doutrina, era de dois, cinco ou dez anos. Se não houvesse o cultivo da terra nesse período, a sesmaria voltava ao domínio do poder público.

Será preciso considerar, no entanto, que a precariedade do sistema de produção vigente no Brasil-colônia, que se sustentou, ora em uma agricultura predatória, ora na exploração de uma pecuária voltada à satisfação das necessidades da colônia e, posteriormente, no extrativismo, todos de caráter essencialmente escravocrata, ocasionou aumento tão significativo nas concessões de sesmarias, que as limitações apontadas não foram capazes de conter.

⁶⁷ Para que se tenha uma idéia das dimensões de uma capitania, basta lembrar que uma légua corresponde a aproximadamente 6 km.

⁶⁸ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José C.M. *Formação econômica do Brasil*. p. 75.

⁶⁹ Decreto de 25 de novembro de 1808 que permitiu a concessão de sesmarias a estrangeiros.

O resultado disso foi o considerável aumento dos apossamentos irregulares e das denominadas terras devolutas, que deram causa, em 18 de setembro de 1850, à edição da Lei n. 601, também conhecida como a primeira Lei de Terras no Brasil.

Referido diploma, embora com algumas imprecisões, comumente aceitas e apontadas pela doutrina, teve o mérito de ser a primeira lei editada com o mister de regular a propriedade de terras no Brasil. Tanto é assim que seu objetivo primordial foi o de proibir a posse de terras devolutas,⁷⁰ com a conseqüente instituição da compra como único instrumento capaz de legitimar tais aquisições.⁷¹

Vieram, depois, o Código Civil de 1916 e uma série de leis esparsas, conforme adiante se analisará, com o objetivo de regulamentar a posse e a propriedade de terras no Brasil.

É inegável, entretanto, que somente começará a existir maior preocupação e atenção, por parte do legislador pátrio, com a propriedade urbana, a partir da segunda metade do século XX, quando, impulsionadas por uma economia de base industrial, algumas cidades começam a crescer e atrair a atenção de grandes populações que, até aquele momento, trabalhavam e residiam em zonas rurais.

Essa nova realidade⁷² trouxe, entre outras conseqüências, uma grande valorização dos imóveis de algumas cidades e, conforme preceitua Alvim,⁷³ foi a causa do grande número de loteamentos de terras e terrenos ocorrido nas grandes cidades. A título de exemplo, vale lembrar aqui o relato de Porto,⁷⁴ dando conta que o bairro do

⁷⁰ O art. 3.º da Lei 601/1850 estabelecia que “são terras devolutas:

§ 1.º As que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial, ou municipal.

§ 2.º As que não se acharem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em comisso por falta de cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura.

§ 3.º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em comisso, forem revalidadas por esta Lei.

§ 4.º As que não se acharem ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por esta lei.”

⁷¹ O art. 1.º da referida Lei dispunha que: “ficam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra”.

⁷² Veja o Anexo 2 deste trabalho, mostrando a evolução da população urbana a partir da década de 1950.

⁷³ ALVIM, Agostinho. *Da compra e venda e da troca*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961. p. 267.

⁷⁴ PORTO, Antônio Rodrigues. *Histórica urbanística da cidade de São Paulo (1554 a 1988)*. São Paulo: Carthago & Forte, 1992. p. 116.

Jardim América, hoje um dos mais nobres da cidade de São Paulo, foi loteado no início do século XX.⁷⁵

1.3.3 A propriedade rural

Embora o presente trabalho tenha o mister de analisar a propriedade urbana no Brasil, não podemos nos furtar a dedicar algumas breves linhas à propriedade rural.⁷⁶ Afinal, esse tipo de propriedade foi a dominante durante toda a fase colonial de nossa existência como nação, tendo em vista que o Brasil foi (e para alguns continua sendo) um país essencialmente rural, ao menos até meados da década de 1930, quando começa a ganhar corpo um movimento no sentido urbano, motivado pela emergência da industrialização nos grandes centros urbanos de então, especialmente Rio de Janeiro e São Paulo.

A noção de imóvel rural aparece pela primeira vez em nosso sistema jurídico no denominado Estatuto da Terra (Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964). Referido diploma estabelece, no inciso I do art. 4.º que “*Imóvel Rural* é o prédio rústico, de área contínua qualquer que seja a sua localização que se destina à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agro-industrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através de iniciativa privada.” (grifo nosso)

Referida noção permaneceu inalterada até o ano de 1993, quando o legislador pátrio, sentindo a necessidade de regulamentar os dispositivos relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal de 1988, editou a Lei n. 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, que ampliou o conceito de imóvel rural instituído pela Lei n. 4.504/1964. Referida ampliação vem consagrada na citada Lei n. 8.629, a qual, em seu art. 4.º, inc. I, conceitua o “Imóvel Rural” como sendo “o prédio rústico de área

⁷⁵ “É iniciado o loteamento do bairro chamado ‘Jardim América’, projetado pelo urbanista inglês Barry Parker para a Cia. City; as ruas eram sinuosas, para dificultar o tráfego não local, sendo arredondados os cantos das esquinas. Até o início do século XX toda essa área era alagadiça, e correspondia à chácara Bela Veneza, do Cel. Ferreira da Rosa; essa área passara a pertencer à Cia. Edificadora da Vila América e, finalmente, à Cia. City. Aos compradores de lotes a Cia. City exigia na construção de casas um recuo obrigatório do alinhamento das ruas, das divisas laterais e dos fundos do terreno. As ruas e praças receberam nomes de países da América. A primeira casa construída nesse novo bairro foi em 1915, na esquina das ruas Colômbia e Nicarágua”.

⁷⁶ Gustavo Elias Kallás Rezek sugere “a adoção do adjetivo agrário, em vez de *rural*, por entender que tal termo se adequa melhor à moderna posição da doutrina, centrada na atividade agrária, desvinculando o imóvel, onde se realiza a agrariedade, da barreira geográfica representada pela zona rural”. REZEK, Gustavo Elias Kallás. *O princípio da função social da propriedade imobiliária agrária na constituição*

contínua, qualquer que seja a sua localização, *que se destine ou possa se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agroindustrial*”.

Vê-se, portanto, que, para os dois diplomas citados, o conceito de imóvel rural gravita em torno de dois núcleos: imóvel rústico e destinação.

Gustavo Rezek,⁷⁷ analisando o conceito apresentado, ressalta que, dele,

sobressai a necessidade de que o prédio seja rústico. Portanto, o prédio urbano destinado a algum tipo de moderna exploração agrária, em estufas hidropônicas ou tanques em galpões cimentados, não se inclui na definição legal, apesar de ser considerado imóvel agrário em doutrina. Salienta-se também que o imóvel rural, a terra, deve ser potencialmente destinado à atividade agrária.

Rezek⁷⁸ ainda ressalta que, a bem da verdade, o legislador brasileiro, não nos legou uma, mas “duas noções de imóvel rural: a) a de imóvel agrário, estudado pelo Direito Agrário (artigo 4.º, inciso I, do Estatuto da Terra – lei n. 4.504/64); b) a de imóvel que se localiza na zona rural, ou seja, o imóvel rústico, agrário ou não (§ 2.º do art. 1.º da lei n. 9.393/96)”,⁷⁹ causando, com isso, uma grande confusão.

Sendo assim, o conceito de imóvel rural, que gravitava em torno das idéias centrais de rústico e destinação, ganhou, a partir da edição da Lei n. 9.393/1996, a noção de localização.

1.3.4 A propriedade urbana

Infelizmente o legislador pátrio não teve a sensibilidade de estabelecer os critérios de localização e densidade demográfica para, ao lado da quantidade da população, determinar se um imóvel é urbano ou rural. Em vista disso, conforme relata Veiga⁸⁰ “o entendimento do processo de urbanização do Brasil é atrapalhado por uma regra muito

federal de 1988. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 24.

⁷⁷ REZEK, Gustavo Elias Kallás. *O princípio da função social da propriedade imobiliária agrária na constituição federal de 1988*. p. 22.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 22.

⁷⁹ O § 2.º do art. 1º da Lei n. 9.393, de 19/12/1996 estabelece que “para os efeitos desta Lei, considera-se rural a área contínua, formada por uma ou mais parcelas de terras, **localizada na zona rural do município**”. (grifo nosso).

⁸⁰ VEIGA, José Eli da. *Cidades imaginárias: o Brasil é menos urbano do que se calcula*. 2. ed. Campinas: Editores Associados, 2003. p. 31.

peculiar, que é única no mundo. Este País considera urbana toda sede de município (cidade) e de distrito (vila), sejam quais forem suas características”.

Portanto, o legislador pátrio, que não conseguiu esclarecer de modo satisfatório a noção de imóvel rural, deixou também obscura a noção de imóvel urbano. Em vista disso, as estatísticas oficiais mostram um país muito mais urbano do que talvez efetivamente seja na realidade. Isso talvez explique porque, nas últimas três décadas, o legislador pátrio tem dedicado maior atenção à propriedade urbana do que à rural.

Entretanto, em virtude da confusão estabelecida pela própria legislação, essa maior atenção do legislador para com a propriedade urbana não foi suficiente para solucionar os problemas que se avolumam nas cidades brasileiras, especialmente a partir da segunda metade do século XX.

Segundo Veiga⁸¹ a definição de cidade, ainda vigente no Brasil, foi estabelecida pelo Decreto-lei n. 311, de 1938⁸² “que transformou em cidades todas as sedes municipais existentes, independentemente de suas características funcionais”. Até 1938, continua adiante o mesmo autor:

o Brasil não teve dispositivo legal que estabelecesse diferença entre cidade e vila. Era costume elevar à condição de vila, ou mesmo diretamente à condição de cidade, rústicas sedes de freguesia, a mais antiga unidade territorial brasileira. Vilas e cidades surgiam até sem a prévia existência de freguesias. Tanto cidades, quanto vilas, podiam ser sedes de municípios. E os limites geográficos de sua jurisdição eram demarcados pelos limites das freguesias, desde que se tratasse de espaço com ocupação consolidada.⁸³

⁸¹ VEIGA, José Eli da. *Cidades imaginárias*: o Brasil é menos urbano do que se calcula. p. 63.

⁸² É a seguinte a íntegra do texto dos quatro primeiros artigos do referido Decreto-lei:

“Art. 1.º Na divisão territorial do país serão observadas as disposições desta lei.

Art. 2.º Os municípios compreenderão um ou mais distritos, formando área contínua. Quando se fizer necessário, os distritos se subdividirão em zonas com seriação ordinal.

Par. ún.. Essas zonas poderão ter ainda denominações especiais.

Art. 3.º A sede do município tem a categoria de cidade e lhe dá o nome.

Art. 4.º O distrito se designará pelo nome da respectiva sede, a qual, enquanto não for erigida em cidade, terá, a categoria de vila.

Parágrafo único. No mesmo distrito não haverá mais de uma vila.”

⁸³ Anotamos, para efeito de comparação, que, conforme artigo publicado no site: www.62.48.187.117/atlas/Cap2/Cap2d_2.html, assinado por Nuno Pires Soares, “é a Assembléia da República quem decide da elevação dos lugares às categorias de vila e de cidade. Segundo a Lei nº 11/82 de 2 de Junho, ‘uma vila só pode ser elevada à categoria de cidade quando conte com um número de eleitores superior a 8000, em aglomerado populacional contínuo, e possua, pelo menos, metade dos seguintes equipamentos colectivos: instalações hospitalares com serviço de permanência; farmácias; corporação de bombeiros; casa de

Sendo assim, por força do citado Decreto-lei, qualquer comunidade que seja sede de município ou de distrito será considerada urbana e, conseqüentemente, cidade, não importando a quantidade de habitantes que possua. É bem ilustrativo o exemplo citado por Veiga⁸⁴ dando conta de que, no Estado do Rio Grande do Sul, “a sede do município União da Serra é uma ‘cidade’ na qual o Censo Demográfico de 2000 só encontrou 18 habitantes”.

O art. 7.º do referido Decreto-lei estabelece que:

os territórios das comarcas e termos serão definidos, nos respectivos atos de criação, pela referência às circunscrições imediatamente inferiores que os constituírem. O ato de criação de cada município, porém, indicará os distritos que no todo ou em parte vierem a constituir o seu território e **fará a descrição dos antigos ou novos limites do distrito que passarem a formar a linha divisória municipal, discriminadas as secções correspondentes às sucessivas confrontações inter-distritais**. Analogamente, nenhum distrito será criado sem a indicação expressa da anterior jurisdição distrital do território que o deva constituir, descritos os respectivos limites com cada um dos distritos que formarem suas confrontações. (grifo nosso)

O art. 8.º do mesmo diploma dispõe, por sua vez, que:

os limites interdistritais ou intermunicipais serão definidos segundo linhas geodésicas entre pontos bem identificados ou acompanhando acidentes naturais, não se admitindo linhas divisórias sem definição expressa ou caracterizadas apenas pela coincidência com divisas pretéritas ou atuais.

espectáculos e centro cultural; museu e biblioteca; instalações de hotelaria; estabelecimento de ensino preparatório e secundário; estabelecimento de ensino pré-primário e infantários’ – (art. 13º). No entanto, ‘importantes razões de natureza histórica, cultural e arquitectónica poderão justificar uma ponderação diferente destes requisitos’ (art. 14º). A imprecisão e a subjectividade das condições consentidas pelo artigo 14º está na origem do aparecimento de muitas povoações classificadas como cidades nas últimas décadas, mas que efectivamente possuem diminuto número de atributos urbanos. **Para além desta fragilidade conceptual, a actual lei é omissa quanto à delimitação das povoações, isto é, não exige descrição específica nem cartografia que permita delimitar o perímetro dos lugares que aspiram à categoria de cidade**”. (grifo nosso)

⁸⁴ VEIGA, José Eli da. *Cidades imaginárias*: o Brasil é menos urbano do que se calcula. p. 32.

Além disso, é atribuição do município delimitar os quadros urbano e suburbano⁸⁵ de sua sede, sendo que o ato de delimitação deverá sempre estar acompanhado da planta respectiva. Essa é a regra do art. 11 e seu parágrafo único do Decreto-lei 311 sob análise.

Veja-se, por oportuno, que, por força do disposto no art. 12 do citado Decreto-lei 311, “nenhum município se instalará sem que o quadro urbano da sede abranja no mínimo duzentas moradias”.⁸⁶

Em 9 de novembro de 1967 foi promulgada a Lei Complementar n. 1, com o objetivo de estabelecer a necessidade de lei estadual e consulta prévia à população interessada para a criação de novos municípios.

Referida Lei Complementar, além dos requisitos acima, estabelecia que a criação de novos municípios deveria ser precedida de:

Art. 1º (...)

Parágrafo único – O processo de criação de Município terá início mediante representação dirigida à Assembléia Legislativa, assinada, no mínimo, por 100 (cem) eleitores, residentes ou domiciliados na área que se deseja desmembrar, com as respectivas firmas reconhecidas.

Art. 2º – Nenhum Município será criado sem a verificação da existência, na respectiva área territorial, dos seguintes requisitos:

I - população estimada, superior a 10.000 (dez mil) habitantes ou não inferior a 5 (cinco) milésimos da existente no Estado;

II - eleitorado não inferior a 10% (dez por cento) da população;

III - centro urbano já constituído, com número de casas superior a 200 (duzentas); (grifo nosso)

⁸⁵ Suburbano, segundo o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa é definido como “relativo ou pertence a subúrbio”. Este, segundo o mesmo Dicionário, significa “proximidade de cidade, vila ou outra povoação qualquer, arrebalde, cercania, arredor.

⁸⁶ Segundo dados publicados no site pt.wikipedia.org/wiki/Cidade, “o principal critério para uma área receber o estatuto de *town* (cidade de pequeno porte, secundária) e *city* (cidade propriamente dita, primária), no Canadá e em vários estados americanos, é o número de habitantes – que varia de subdivisão para subdivisão. Geralmente, nestas subdivisões, uma dada região recebe o estatuto de *town* quando possui uma população entre 500 e 2,5 mil habitantes, e o estatuto de *city* quando possui entre três mil a cinco mil habitantes ou mais – embora a elevação do estatuto raramente seja obrigatória. Markham, uma das maiores cidades secundárias (*town*) do mundo, possui mais de 250 mil habitantes. Nos estados americanos **que usam *town* como uma subdivisão administrativa rural (municipalidade)**, geralmente, a população necessária para uma dada cidade secundária (*town*) ser elevada ao estatuto de *city* é baixa – entre 300 a 1,5 mil habitantes”. Segundo o mesmo site, na França, “a menor entidade político-administrativa são as comunas. O termo cidade (*ville*) é aplicado pela INSEE – o instituto de estatísticas da França – somente às comunas que possuem mais de dois mil habitantes em sua área urbanizada, sendo comunas de menor porte consideradas vilas. Porém, existem exceções, que são válidas para as três maiores áreas urbanizadas do país, Pris, Lyon e Marseille”. (grifo nosso)

IV - arrecadação, no último exercício, de 5 (cinco) milésimos da receita estadual de impostos.

Referido diploma permanece em vigor, porém, agora, com a orientação traçada pelo art. 18, § 4.º, da Constituição Federal de 1988, alterado pela Emenda Constitucional n. 15, de 12 de setembro de 1996. Por força do disposto no referido art. 18 § 4.º,

a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

Veja-se, portanto, que, mesmo com as modificações apontadas, nossa legislação não conseguiu o mister de impedir a criação de municípios, nem, muito menos, de propiciar uma visão mais realista da situação urbana. O Brasil, aos olhos da estatística oficial, é um país predominantemente urbano, uma vez que, segundo os dados obtidos pelo Censo Demográfico de 2000, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, 81,2% da população brasileira reside nas cidades. Esses dados adquirem maior relevância quando consideramos que, dos 5.560⁸⁷ municípios brasileiros, 4.059 possuem população menor ou igual a 20.000 habitantes.⁸⁸

Nos termos do referido Decreto-lei n. 311, cabe ao próprio município estabelecer seus limites e contornos. Ou seja, se o limite da cidade medieval e das cidades brasileiras do início da colonização era estabelecido pelo “muro”, agora é a lei que representa tal papel. Da mesma forma, será a lei a responsável por estabelecer o perímetro urbano, definindo o limite entre as zonas rural e urbana.

É, mais uma vez, oportuna e esclarecedora a lição de José Eli da Veiga, em artigo intitulado “Nem tudo é urbano”,⁸⁹ sustentando a necessidade de enviar-se

ao Congresso Nacional um projeto de lei que defina o que é cidade, revogando o Decreto-Lei 311, de 2 de março de 1938. Para que esse projeto seja elaborado, será aconselhável que se consulte legislações de outros países. E aí se perceberá que os critérios nunca são puramente administrativos, como ocorre aqui.

⁸⁷ A título de comparação, lembra-se que, em 1980, o número de municípios brasileiros totalizava 4.036.

⁸⁸ Os dados constam do Anexo 1 ao presente trabalho e foram obtidos no site www.ibge.gov.br.

⁸⁹ VEIGA, José Eli. *Nem tudo é urbano*. Disponível em: <cienciaecultura.bvs.br/scielo.php>. Acesso em 07 jan. 2007.

Sempre foram principalmente funcionais as condições sine-qua-non da promoção de um povoado à categoria de cidade. Os próprios etruscos só consideravam como cidade um lugar que tivesse saídas para pelo menos três estradas, além de três templos: a Júpiter, Juno e Minerva. Dois milênios depois, o Brasil se distingue mundialmente por considerar como cidades até vilarejos onde não há sequer três escolas. Onde nem existe cinema, teatro, centro cultural, ou transporte coletivo. Onde a urbe é reles ficção.⁹⁰

Atualmente cabe aos municípios, por meio da Lei do Perímetro Urbano, definir tais limites. Sob esse aspecto, mais uma vez fica demonstrado que o atual critério de urbanização deve ser revisto ou, pelo menos, ajustado. Segundo dados do IBGE, em 2001, 4.153 municípios brasileiros possuíam Lei do Perímetro Urbano; em 2004, esse número subiu para 4.355, ou seja, 1.205 municípios brasileiros não possuem leis estabelecendo os limites entre as zonas rural e urbana.⁹¹

A situação é ainda mais distorcida quando analisamos os números relativos à Lei do Parcelamento do Solo e à Lei do Zoneamento Urbano. Dos 5.560 municípios brasileiros, 1.857 possuíam Lei do Parcelamento do Solo e 1.396 possuíam Lei do Zoneamento Urbano, ou equivalente, em 2004.⁹²

Em que pese o fato da Lei n. 6.766/1979 tornar facultativo o estabelecimento de normas complementares relativas ao parcelamento do solo municipal, o fato de apenas 33,4% dos municípios brasileiros terem adotado legislação específica com este mister, demonstra, de certo modo, a pequena importância que o legislador municipal dá às peculiaridades locais.

⁹⁰ Segundo dados trazidos por José Eli Veiga, no referido artigo, “há três tipos de países desenvolvidos sob o prisma da diferenciação espacial entre áreas urbanas e rurais. Primeiro, um pequeno grupo fortemente urbanizado, que reúne Holanda, Bélgica, Reino Unido e Alemanha, no qual as regiões essencialmente urbanas ocupam mais de 30% do território e as regiões essencialmente rurais menos de 20%, sendo que as intermediárias variam entre 30% e 50%. (1) No extremo oposto há um grupo maior, formado por quatro países do "Novo Mundo" - Austrália, Canadá, Estados Unidos e Nova Zelândia - mas do qual também fazem parte três nações muito antigas: Irlanda, Suécia e Noruega. Nesse grupo as regiões essencialmente rurais cobrem mais de 70% do território e as relativamente rurais têm porções inferiores a 20%. Finalmente, no caminho do meio encontram-se França, Japão, Áustria e Suíça, países nos quais entre 50% e 70% do território pertence a regiões essencialmente rurais e cerca de 30% a regiões relativamente rurais”. VEIGA, José Eli. *Nem tudo é urbano*.

⁹¹ Veja o Anexo 6 ao presente trabalho.

⁹² Veja o Anexo 2 ao presente trabalho.

Toda essa confusão legislativa, como é óbvio, gera conseqüências práticas, inclusive no tocante à propriedade, tratada pelo legislador constitucional pátrio, desde a Constituição de 1824, como um dos pilares da sociedade brasileira.

Referidas confusões acarretam, no mais das vezes, distorções inaceitáveis pois, como sabemos, a criação de municípios, no Brasil, nem sempre está pautada pelo interesse público e, em vista disso, é necessário rigor legislativo nessa criação, evitando-se, o quanto possível, a discricionariedade do Poder Municipal em direito fundamental, como a propriedade. Basta lembrar, por oportuno, que, aos municípios são concedidos poderes para desapropriar, tombar, criar servidões, ocupar temporariamente e requisitar imóveis. Referidos poderes, quando bem utilizados, geram vantagens à população, porém, em contrapartida, quando mal utilizados, causam distorções e injustiças.

Entretanto, a possibilidade de distorções não fica restrita ao aspecto do Estado. Deve-se lembrar, a título de ilustração, que a Lei n. 10.257/2001, denominada Estatuto da Cidade, ao disciplinar sobre a usucapião coletiva, dispõe, em seu art. 10, que “as **áreas urbanas** com mais de duzentos e cinqüenta metros quadrados ...”; no mesmo sentido, o art. 183 da Constituição Federal, que foi regulamentado pela citada Lei n. 10.257/2001, estabelece que “aquele que possuir como sua **área urbana** de até duzentos e cinqüenta metros quadrados...”. Anote-se, portanto, que a ausência de uma postura clara da Lei Municipal em relação aos limites entre o rural e o urbano, além de gerar as confusões apontadas, impossibilitam que a propriedade cumpra sua função social, como está a exigir nossa Carta Magna vigente.

Atualmente, também merece destaque negativo a implantação, cada vez crescente, de loteamentos urbanos em áreas rurais, à revelia da Lei n. 6.766/1979.

Anotamos, a respeito, a posição de Aurílio Sérgio Costa Caiado e Sarah Maria Monteiro dos Santos, que, em trabalho publicado no site scielo.br/scielo.php, intitulado “Fim da dicotomia rural-urbano? Um olhar sobre os processos sócio-espaciais” nos dão conta de que

o crescimento desordenado de nossas cidades vem acontecendo em muitos municípios através de uma expansão que extrapola os limites urbanos definidos por lei, avançando sobre áreas rurais em detrimento da produção agrícola e algumas vezes com conseqüências negativas para o meio ambiente. Essa expansão tem ocorrido tanto por meio de loteamentos populares que expandem as periferias com urbanização precária, quanto através de condomínios de alto

padrão destinados à população com alto poder aquisitivo, que busca melhor qualidade de vida em áreas menos densas e afastadas dos centros urbanos.

Ainda, segundo nos revela o referido estudo,⁹³ dos 645 municípios paulistas, 211 possuem ocupação urbana em área rural e 223 possuem loteamentos sem aprovação.

Ora, se levarmos em conta que o Estado de São Paulo está entre os estados brasileiros que possuem a melhor e mais organizada rede de municípios, é de se concluir, com alguma facilidade, que há a necessidade premente de medidas legislativas apropriadas e urgentes, visando coibir tais práticas que, além de causarem desordem urbana, ferem o objetivo traçado pelo art. 182 da Constituição Federal; ou seja, a política de desenvolvimento urbano deve possuir, como meta, a ordenação e o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade.

Isso sem mencionar as inevitáveis distorções econômicas daí decorrentes, pois não se pode olvidar, nem negar, que as bases de nossa economia ainda estão calcadas em uma estrutura agrária-exportadora.

Ainda sobre o tema, José Eli da Veiga⁹⁴ lembra que, em 1994, foi aceita pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), organização dos países desenvolvidos, com sede em Paris, projeto de seu secretário geral propondo o agrupamento dos grupos especializados em questões urbanas, desenvolvimento rural e desenvolvimento regional, mais o programa de ação e cooperação sobre iniciativas locais de criação de emprego daquela Organização, com base em duas justificativas. Uma delas, e que nos parece exemplificativa do que se está a tratar sustentava que

as zonas urbanas, suburbanas e rurais são cada vez mais interdependentes e os problemas de uma delas também interferem nas outras. Por exemplo, os fenômenos de aglomeração e de congestão urbana são inseparáveis da debilitação de certas regiões e do êxodo rural. Além disso, os efeitos de proximidade tornam ainda mais manifesta a necessidade de uma abordagem política coordenada, que possa integrar o conjunto dos aspectos do desenvolvimento. Assim, na escala local, os problemas de emprego, de harmonia social, de qualidade da vida – para tomar apenas alguns exemplos – são indissociáveis (...).

⁹³ Os dados informados têm como fonte a Fundação SEADE. PMU/1999.

⁹⁴ VEIGA, José Eli. *Nem tudo é urbano*.

Mal comparando, podemos lembrar aqui um exemplo clássico que demonstra o tipo de consequência que a ausência de uma política urbana bem estruturada, inclusive com a precisa definição de seus limites, pode causar: o aeroporto de Congonhas, em São Paulo. O local escolhido para sua construção, em 1936, a Vila Congonhas, era distante do centro urbano, que mal chegava à Avenida Paulista, e absolutamente despovoado (para se ter uma idéia, o plano de abertura da Avenida 23 de Maio, que hoje serve o aeroporto, foi aprovado pela Lei n. 5.418 de 1957, conforme anota Porto.⁹⁵ Atualmente, entretanto, devido ao “descuido” da legislação municipal, a área é rodeada de grandes edifícios, o que, freqüentemente, traz à baila infundáveis discussões sobre a necessidade da mudança do citado aeroporto para outro local, mormente quando ocorrem acidentes aéreos. Tais discussões seguramente seriam evitadas se a legislação municipal tivesse a eficácia e a rigidez que se deseja.

Portanto, se os municípios não são capazes de estabelecer uma ordem interna, a propriedade urbana não cumprirá a função social estipulada pelo legislador constitucional.

Sendo assim, entendemos ser necessária a reformulação da legislação federal, mormente do Decreto-lei n. 311/1938, a fim de que se estabeleçam limites territoriais para as zonas urbanas e rurais dos respectivos municípios.

Obviamente que, com isso, não se deseja retirar a autonomia municipal, nem se pretende retornar ou propor a idéia de um Estado intervencionista, nos moldes implantados no país no último século, nem, muito menos, limitar o desenvolvimento dos municípios e das cidades brasileiras. Deseja-se, apenas, que o Poder Público municipal cumpra o papel que dele se espera, desenvolvendo e fazendo cumprir uma política urbana que ordene o desenvolvimento da cidade, sem olvidar do bem-estar de seus habitantes. E, com absoluta certeza, desenvolvimento não pode ser confundido com crescimento desordenado e/ou a qualquer custo, da zona urbana em detrimento da rural. Desenvolvimento sustentado e que garante o bem-estar dos seus habitantes requer harmonia entre as zonas urbana e rural.

1.4 MODOS DE AQUISIÇÃO E DE PERDA DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA

Maria Helena Diniz, estudando o presente tema à luz do Código Civil de 2002, salienta que “pelos arts. 1.227, 1.238 a 1.259 e 1.784 do Código Civil brasileiro adquire-se a propriedade imóvel pelo registro do título no Cartório de Registro de Imóveis, pela

⁹⁵ PORTO, Antônio Rodrigues. *Histórica urbanística da cidade de São Paulo* (1554 a 1988). p. 164.

usucapião, pela acessão e pelo direito hereditário.”⁹⁶ Ainda segundo a mesma autora, calcada nas lições de De Page e Washington de Barros Monteiro, o primeiro e o último desses modos de aquisição da propriedade são considerados modos derivados (existe a transmissão do domínio, por ato *inter vivos* ou *causa mortis*), enquanto o segundo e o terceiro dos citados modos de aquisição do domínio são considerados originários (“o indivíduo faz seu o bem sem que este lhe tenha sido transmitido por alguém, não havendo qualquer relação entre o domínio atual e o anterior”).

Quanto ao modo de aquisição derivado, lembra ainda Maria Helena Diniz,⁹⁷ que a transmissão pode ser a título singular ou universal. Singular, quando o novo titular assume a condição jurídica do antecessor (os mesmos caracteres ou restrições deste), sem, contudo, se sub-rogar na totalidade dos seus direitos (esse tipo de aquisição visa o domínio de coisas individualizadas). A aquisição universal (*causa mortis*), por sua vez, pressupõe que o novo adquirente se sub-roga na totalidade de direitos e obrigações do anterior.

Passaremos, em seguida, à análise das formas de aquisição e perda da propriedade imóvel, com ênfase ao registro do título no Cartório de Registro de Imóveis e à usucapião, eis que a acessão e o direito hereditário não extrapolam o mister deste trabalho.

1.4.1 O registro do título no Cartório de Registro de Imóveis

No Brasil, a transferência da propriedade imóvel, entre vivos, se faz mediante o registro⁹⁸ do título translativo no Registro de Imóveis. Essa é a regra contida no art. 1.245 do Código Civil vigente. Ainda, segundo o disposto no § 1.º do referido artigo, enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continuará a ser havido como dono do imóvel.

Trata-se, portanto, de ato obrigatório por parte do adquirente do imóvel, eis que, por força da regra contida no art. 1.245 supra citado, o registro do título translativo de propriedade tem efeito constitutivo.

⁹⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4.

⁹⁷ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. p. 85.

⁹⁸ Preceito idêntico estava contido no art. 531 do CC de 1916, dispondo que “estão sujeitos à transmissão, no respectivo Registro, os títulos translativos da propriedade imóvel, por ato entre vivos”. O art. 532 do mesmo estatuto ampliava a necessidade de transcrição para os julgados, pelos quais, nas ações divisórias, se puser termo à divisão as sentenças que, nos inventários e partilhas, adjudicarem bens de raiz em pagamento das dívidas da herança, a arrematação e as adjudicações em hasta pública. O art. 533 do citado diploma estabelecia, por sua vez, que os atos sujeitos à transcrição (arts. 531 e 532, II e III) não transferem o domínio, senão na data em que se transcreverem (arts. 856 e 860, par. ún.).

Deve-se observar, no entanto, que a obrigatoriedade do registro de imóveis é relativamente recente no Brasil, posto que foi introduzida pelo Código Civil de 1916. As Ordenações Filipinas, seguindo o preceito romano, admitiam a aquisição pela simples tradição.

Antes da promulgação do Código Civil de 1916 nosso sistema jurídico conheceu algumas leis concernentes ao registro, como é o caso da Lei Orçamentária n. 317, de 1843, regulamentada pelo Decreto-lei n. 482, de 1846. Referido diploma instituiu o Registro Geral de Hipotecas, sem, no entanto, regulamentar o registro de títulos de transferência de imóveis.

Um pouco mais tarde, em 1864, tivemos a edição da Lei n. 1.237, regulamentada pelo Decreto-lei n. 3.453, de 1865, que criou o Registro de Títulos Dominiais, porém, sem qualquer referência ao registro das transmissões *causa mortis* e às aquisições advindas de atos judiciais.⁹⁹

Tivemos, ainda, em 1885, a edição da Lei n. 3.272, que tornava obrigatória a transcrição de todas as hipotecas legais e, em 1890, a promulgação de dois diplomas: o Decreto-lei n. 169-A e o Decreto-lei n. 370, que instituíram a obrigatoriedade da transcrição de títulos de transmissão de imóveis suscetíveis de hipoteca, os ônus reais e a inscrição de hipotecas.

Em 1916, com a promulgação do Código Civil, tivemos, enfim, a criação dos registros públicos, os quais foram regulamentados em 1917 pelo Decreto-lei n. 12.343. Mais tarde, em 7 de janeiro de 1924, assistimos à nova regulamentação do instituto, com a edição da Lei n. 4.827, regulamentada pelo Decreto-lei n. 18.542, de 24 de dezembro de 1928. Por fim, assistimos à edição do Decreto-lei n. 4.857, em 1939, e, por derradeiro, a promulgação da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, a qual encontra-se em vigor.

O registro do título translativo,¹⁰⁰ além de ter efeito constitutivo, visa dar publicidade à transmissão de imóveis. Referida publicidade se sustenta ora na importância

⁹⁹ No dizer de Benedito Silvério Ribeiro como a função do registro, antes do Código Civil de 1916, era dar publicidade à transmissão e à oneração dos imóveis, é plenamente justificável que o legislador da época tenha isentado as transmissões advindas de *causa mortis* e de atos judiciais. Aqueles, porque dispensavam a publicidade e por não ensejarem fraudes, estes, devido ao formalismo que lhes são intrínsecos. RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 200.

¹⁰⁰ A expressão “registro” foi instituída, no Brasil, pelo art. 168 da Lei n. 6.015/1973, ao dispor que: “na designação genérica de registro, consideram-se englobadas a inscrição e a transcrição a que se referem as leis civis”.

econômica que os bens imóveis possuem, ora na segurança jurídica que o registro proporciona às transações imobiliárias, eis que os dados constantes do registro dão aos interessados uma presunção de veracidade sobre a situação jurídica dos imóveis.

Pode-se, também, anotar como corolário da presunção de veracidade trazida pelo registro (o domínio se prova pelo registro), as razões históricas, uma vez que, com o registro, se estabelece a filiação de uma determinada propriedade, permitindo, conforme ensina Fernandes¹⁰¹ que se apure “a história da situação jurídica desse bem, desde a primeira inscrição até o momento da consulta”.

Serpa Lopes,¹⁰² ao comentar a obrigatoriedade da transcrição de título anterior, introduzida em nosso direito pelo Decreto-lei n. 18.542, posteriormente ratificada pelo Decreto-lei n. 4.857, lembra que referida obrigatoriedade é “uma das principais peças de segurança do registro imobiliário, um dispositivo moralizador, um anteparo contra possíveis fraudes à função do registro imobiliário, como meio de prova do domínio”.

É oportuno observar que, apesar de nossa submissão às Ordenações Filipinas durante quatro séculos, o efeito constitutivo do registro, adotado pelo legislador pátrio, à moda do direito alemão, não é acatado pela legislação portuguesa. Segundo ensina Fernandes:¹⁰³

a simples análise dos arts. 4.º e 5.º C.R. Pre., permite confirmar uma nota fundamental na caracterização dos efeitos do registro predial no sistema jurídico português: ao contrário do que se verifica noutros sistemas jurídicos, o registro predial não tem, em regra, efeito constitutivo. Isto é assim, por não interferir com a eficácia, inter partes, dos factos jurídicos a ele sujeitos.

Deve-se, no entanto, lembrar que, em nosso sistema jurídico, a presunção de domínio trazida pelo registro não é absoluta, mas relativa, ao contrário de outros sistemas, como o alemão, que adota o princípio da fé pública, onde o registro implica presunção absoluta, *iure et de iure*.¹⁰⁴

¹⁰¹ FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Lições de direitos reais*. 2. ed. Lisboa: Quid Juris? Sociedade Editora, 1997. p. 113.

¹⁰² SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Tratado dos registos públicos*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1942. v. IV. p. 351.

¹⁰³ FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Lições de direitos reais*. p. 122.

¹⁰⁴ Benedito Silvério Ribeiro leciona que não foi “adotado o princípio da fé pública, tal como ocorreu no direito germânico, da validade incondicionada (*iure et de iure*), aqui, por deficiência de um cadastro fundiário adequado, erigiu a lei como direito o domínio da propriedade, mas não no seu sentido de

Entretanto, apesar da relatividade apontada, o sistema de registros públicos, tal qual adotado pelo legislador pátrio, é visto pela doutrina como uma espécie de garantia das transações imobiliárias, ou conforme aponta Rodrigues,¹⁰⁵

o fato de o registro se efetuar no cartório da circunscrição do imóvel e ser levado a efeito na folha de matrícula do imóvel; o fato de os Livros serem públicos, representando adequada publicidade desse tipo de negócio; o fato de o registro individualizar o prédio, abolindo, dentro do possível, as eventuais confusões, constitui imensa vantagem e representa importante elemento de segurança, nesse campo das relações patrimoniais.

Assim, com fundamento na doutrina apontada e considerando-se a propriedade fundiária no Brasil, desde a sua origem, parece-nos razoável supor e concluir que foi acertada a decisão do legislador pátrio de atribuir efeito constitutivo ao registro, na mesma linha adotada pelo legislador alemão. A adoção do registro como requisito essencial para a transmissão da propriedade imóvel foi, como de fato é, a forma mais apropriada de garantir a segurança jurídica das transações imobiliárias, especialmente por se tratar de um país com a dimensão territorial e com a diversidade socioeconômica como as aqui existentes, ainda que tal presunção seja relativa.

Não se pode, entretanto, deixar de anotar que a manutenção da segurança jurídica apontada anteriormente depende do efetivo cumprimento da legislação por todos os municípios da Federação, o que, na prática, não ocorre com a eficiência desejada. Basta lembrar que, segundo dados do IBGE, dos 5.560 municípios brasileiros, apenas 5.206 possuem cadastro imobiliário,¹⁰⁶ fato este, que, sem dúvida, precisa ser corrigido.

1.4.2 A usucapião

A usucapião, um dos modos de aquisição da propriedade, móvel ou imóvel, é instituto jurídico dos mais antigos. Sua origem remonta ao período do direito arcaico romano (753 a.C. ao séc. II a.C.), mais especificamente à Lei das XII Tábuas (449-450 a.C.).

absolutismo. Daí porque o direito pode ser contestado”. RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. p. 201.

¹⁰⁵ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 5. p. 95.

¹⁰⁶ Fonte: IBGE. Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais. Pesquisa de Informações Básicas Municipais 2004, disponível no site www.ibge.gov.br.

A conceituação doutrinária do instituto não é das mais pacíficas, como se verá a seguir, eis que a controvérsia instala-se desde a etimologia da expressão usucapião indo até a natureza jurídica do instituto. Veja-se que, enquanto para alguns a usucapião é modo originário de aquisição da propriedade, para outros é modo derivado, não faltando aqueles que, ainda hoje, confundem o instituto com o da prescrição, isso sem falar do aspecto etimológico da expressão usucapião, que ganha contornos polêmicos, inclusive entre nossos dicionaristas, pois, enquanto no Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa a palavra usucapião aparece no gênero feminino, no Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa é classificada como comum de dois gêneros, não faltando aqueles que a classificam como pertencendo ao gênero masculino.

Polêmica à parte, parece cediça a opinião de que, no geral, o novo Código Civil de 2002 apresenta o instituto da usucapião com significativos avanços em relação à forma em que era disciplinado no Código Civil de 1916. O novo Código Civil, adotando os princípios estabelecidos pelo legislador constitucional de 1988, trata a propriedade em face de sua função social, dando, em conseqüência, novos contornos ao instituto da usucapião, reconhecidamente dos mais antigos e importantes para assegurar a estabilidade e a paz social, conforme se demonstrará a seguir.

1.4.2.1 Etimologia

A palavra usucapião é do gênero masculino ou feminino? Existe controvérsia doutrinária a esse respeito. Dicionários de renome, como é o caso do *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, dão o vocábulo como feminino, enquanto outros, como é o caso do *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa* dão o vocábulo como de dois gêneros.

A palavra usucapião (maneira de adquirir pela posse prolongada) origina-se do latim *usucapio*, do verbo *capio* (adquirir, tomar) e *usus* (que originariamente significava posse). Para Ribeiro,¹⁰⁷ “a *capio* (o acusativo latino é *capiōnem*, daí capião em português) ficou antecedida de *usu* (que é ablativo, portanto, adverbial, significando pelo uso). O termo ‘usucapião’ traduz-se por ocupação, tomada ou aquisição pelo usu (o *usus* também significava posse)”.

¹⁰⁷ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. p. 170.

Já era esse o entendimento de Orlando Gomes¹⁰⁸ ao enfatizar que a palavra é do gênero feminino. Aliás, no projeto do Código Civil de 1916, a observação é de Ribeiro,¹⁰⁹ trazia o feminino, o que foi mantido pela comissão revisora dos juristas. No entanto, o senador Rui Barbosa apresentou emenda, passando a palavra para o masculino (o usucapião), restando convertida a modificação em lei.

Ainda segundo Ribeiro:¹¹⁰

é certo que palavras finalizadas em português em *ão* têm tanto o gênero masculino como o feminino e passaram para o masculino porque, na boca do povo, deixada de lado a origem latina, se lhe trocou o gênero, devido à confusão com palavras acabadas em *ão* e pertencentes ao masculino. No entanto, o termo “usucapião”, utilizado por técnicos e pessoas ligadas ao ramo do direito, sempre foi erudito, distanciando do linguajar popular, tanto que vários juristas o mantiveram em obediência à origem latina.

1.4.2.2 Conceito

A definição mais tradicional e aceita da usucapião parece ser a de Modestino: *Usucapio est adjectio per continuationem possessionis temporis lege definit* (Dig. 1,41, Tít.3, frag.3) – Usucapião é o modo de adquirir a propriedade pela posse continuada por um tempo definido em lei. Entretanto, na lição de Ribeiro,¹¹¹ a definição de Modestino é calcada na de Ulpiano, que, segundo o autor, parece ter sido o primeiro a definir o instituto da usucapião e fê-lo nos seguintes termos: *Usucapio est dominii per continuationem possessionis anni biennii* (Usucapião é a aquisição do domínio pela posse continuada por um ou dois anos).

Pela usucapião, a definição é de Diniz¹¹² “o legislador permite que uma situação de fato, que, sem ser molestada, se alongou por um certo intervalo de tempo previsto em lei, se transforme em situação jurídica”.

A exigência do tempo, como elemento distintivo do instituto tem proporcionado alguma confusão, pois alguns doutrinadores, em função da exigência temporal, têm

¹⁰⁸ GOMES, Orlando. *Direitos reais*. p. 156.

¹⁰⁹ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. p. 170.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 171.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 171.

¹¹² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. p. 144.

caracterizado a usucapião como uma espécie de prescrição (prescrição aquisitiva ou positiva). Tal posicionamento, entretanto, muito em voga no século passado, vem perdendo importância, pois parece ficar cada vez mais cediço o entendimento de que, embora a usucapião mantenha pontos comuns com o instituto da prescrição, apresenta contornos próprios e distintos desta última.

Embora ambas sejam manifestações da influência do tempo nas relações jurídicas, não se justifica a confusão estabelecida pela doutrina, pois, segundo Orlando Gomes,¹¹³ “a tese da autonomia da *usucapião* é hoje defendida com sólidos fundamentos, estando consagrada nas legislações modernas.”

Corroborar tal entendimento o fato de que dois séculos separam a criação dos institutos. Enquanto a usucapião é consagrada na Lei das Doze Tábuas (450 – 449 a.C.), a prescrição (*praescriptio* – escrito que vem antes) é criação pretoriana (como prescrição extintiva), consagrada na Lei Furia de Sponsu, datada de 204 a.C.

A intervenção do pretor justifica-se, nessa época, como proteção da posse de boa-fé eis que, até o ano de 212 d.C, quando, por uma constituição o Imperador Antonino Caracala estendeu a qualidade de cidadãos romanos à quase-totalidade das pessoas do império, o *ius quiritium* (*ius civilis*) só podia ser invocado pelo cidadão romano. Consoante Lopes:¹¹⁴

o estrangeiro só se tornava protegido se houvesse um tratado de amizade entre sua cidade e Roma. O *ius quiritium* era um direito herdado, que não se poderia haver por convenção (porque se tratava da filiação aos patriarcas). O *dominium ex iure quiritium* era a “propriedade” romana plena sobre determinados bens e para determinadas pessoas, portanto. Era um *status* do qual gozavam apenas os pais de família. Quando não se podia invocar a propriedade quirítária, os pretores passam a dar uma ação formular que copia a fórmula antiga, mas já é uma novidade. Aos poucos se estende a proteção de maneira geral. Se sobre algumas terras e para algumas pessoas não há direito de *dominium* (sobre as terras públicas e comuns ou para os peregrinos), sem dar uma ação para que o possuidor “reivindique sua terra” o pretor usa do seu poder de polícia e impede, em nome da boa ordem pública, que aquele que está de boa-fé seja desalojado: dá um “interdito”, obrigando à restituição se houve violência. Protege a posse até criar uma *propriedade pretoriana*.

¹¹³ GOMES, Orlando. *Direitos reais*. p. 156.

¹¹⁴ LOPES, José Reinaldo Lima. *O direito na história*. p. 50.

A prescrição, por sua vez, é momento processual, meio ou forma de defesa (*exceptio*) onde o réu alega o decurso do tempo para requerer a extinção da ação. A *praescriptio*, de acordo com Ribeiro,¹¹⁵ era colocada na fórmula expedida pelo pretor antes da *demonstratio* (a fórmula continha três momentos distintos: *demonstratio*, *intentio* e *condemnatio*), por ela se concitava o magistrado a não examinar o mérito da lide, na hipótese de o réu ter *posse ad usucapionem* durante certo tempo. Conquanto, só estabelecida a prescrição das ações mais de dois séculos depois da *usucapio*, os dois institutos passaram a coexistir.

1.4.2.3 Requisitos

Segundo a doutrina de Gomes Y Muñoz, para ocorrer a usucapião “é necessário o concurso de certos requisitos , que dizem respeito às pessoas a quem interessa, às coisas em que pode recair e à forma por que se constitui. Assim, podem ser classificados em requisitos pessoais, reais e formais.”¹¹⁶

Por requisitos pessoais entendem-se aqueles relativos à capacidade do possuidor para adquirir a propriedade da coisa (móvel ou imóvel) pela usucapião, ou seja, exige-se que o possuidor seja capaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil e reunir as qualidades para usucapir, que, no caso, são iguais às da propriedade.

Entretanto, em conformidade com o disposto no art. 1.244 do novo Código Civil, aplicam-se ao possuidor as mesmas causas que obstam, suspendem ou interrompem a prescrição, aplicáveis ao devedor na relação jurídica obrigacional, assim como aquelas previstas nos arts. 197 a 202 do referido Código.

Por requisitos reais entendem-se aqueles concernentes às coisas e direitos de serem usucapidos.

Não são todas as coisas e direitos que podem ser adquiridos pela usucapião, uma vez que certos bens e direitos consideram-se imprescritíveis, como é o caso das coisas fora do comércio e dos bens públicos.

É importante, porém, notar que entre as coisas que estão no comércio, algumas não podem ser alienadas, porque pertencem a pessoas contra as quais não ocorre a prescrição.

¹¹⁵ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. p. 8.

¹¹⁶ GOMES Y MUÑOZ apud GOMES, Orlando. *Direitos reais*. p. 159.

É o caso, por exemplo, dos bens da esposa, que não podem ser usucapidos pelo marido enquanto perdurar a sociedade conjugal.

Também no tocante aos direitos, ocorrem limitações dessa ordem, já que somente os direitos reais que recaem sobre coisas prescritíveis podem adquirir-se pela usucapião, como é o caso da propriedade, da enfiteuse, do usufruto, do uso e da habitação.

Requisitos formais, por sua vez, são aqueles que variam conforme o prazo estabelecido pela lei para a posse. Para todas as espécies de usucapião previstas (já era assim no Código Civil de 1916), faz-se necessária a presença de dois requisitos essenciais: “a posse” e “o lapso de tempo”. Para algumas das espécies, como se verá abaixo, exige-se, ainda, como requisitos necessários, a presença do “justo título” e da “boa-fé”.

Na usucapião, a tese é sustentada por Diniz,¹¹⁷ a posse é o fato objetivo, e o tempo, a força que opera a transformação do fato em direito.

É cediço que sem posse não há usucapião. Ela é, sem dúvida, o elemento mais característico do instituto, desde a sua criação no período do direito romano arcaico.

O novo Código Civil, ao caracterizar o possuidor (art. 1.196) praticamente repete a redação do art. 485 do Código Civil de 1916, apenas suprimindo a palavra domínio. Assim, considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Ao possuidor, porém, exige-se que exerça a posse de modo contínuo, com ânimo de dono, mansa e pacificamente.

Considera-se com ânimo de dono aquele que tem a posse justa (sem os vícios de violência, clandestinidade ou precariedade), ou seja, possui a coisa sem que haja obstáculos objetivos, os chamados fâmulos da posse, elencados nos arts. 1.198, 1.200 e 1.208 do novo Código Civil. Se existir obstáculo objetivo a que possua a coisa com esse *animus*, o possuidor não pode adquirir a propriedade por usucapião.

Deve a posse, ainda, ser mansa e pacífica, isto é, exercida sem oposição. O possuidor tem de se comportar como dono da coisa, possuindo-a tranqüilamente. No dizer de Orlando Gomes,¹¹⁸ “posse mansa e pacífica é, numa palavra, a que não está viciada de *equivoco*. Na aparência, oferece a certeza de que o possuidor é proprietário.”

¹¹⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. p. 144.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 144.

Não basta, porém, que a posse seja mansa e pacífica, é necessário que seja contínua. E aqui entra o elemento tempo, que, como se afirmou acima com Maria Helena Diniz, é a força que opera a transformação do fato em direito.

O prazo será mais curto, ou mais longo, dependendo do bem e de alguns requisitos suplementares, como são o “justo título” e a “boa-fé”. Assim, é mais curto o prazo para usucapir bens móveis (três ou cinco anos) e mais longo para se usucapir bens imóveis, dependendo das circunstâncias.

Outra característica importante em relação ao tempo é que o possuidor pode somar a posse do antecessor, desde que ambas sejam mansas e pacíficas.

Na sistemática adotada pelo legislador de 1916, fiel à tradição romana, a presença ou ausência do proprietário na mesma localidade era elemento que influía no prazo. Tal critério, entretanto, foi abandonado pelo legislador de 2002.

Há também que se considerar para a caracterização do prazo, os requisitos suplementares da boa-fé e do justo título,¹¹⁹ já referidos anteriormente.

A boa fé (*fides*) é a ignorância do vício ou obstáculo que impede a aquisição do bem. Para caracterizar-se como justo, o título não pode conter vícios ou irregularidades que o impeçam de ser instrumento hábil para a transmissão da propriedade. Tais requisitos, como veremos adiante, influenciam na caracterização da usucapião.

É oportuno lembrar, ainda, que além de preencher as exigências legais acima referidas, a propriedade adquirida pela usucapião deverá ser sempre declarada por sentença judicial e registrada no Registro de Imóveis competente.

1.4.2.4 Natureza jurídica

A usucapião é, com efeito, um modo originário de aquisição da propriedade, por meio do qual o possuidor se torna proprietário. Entretanto, a afirmação de Orlando Gomes¹²⁰ nos mostra que “essa qualificação, hoje incontroversa, foi contestada. Sustentou-se que era apenas presunção legal de um modo legítimo de aquisição, isto é, um simples

¹¹⁹ “O conceito de justo título leva em consideração a faculdade abstrata de transferir a propriedade, e é nesse sentido que se diz justo qualquer fato jurídico que tenha o poder em tese de efetuar a transmissão”. RIBEIRO, Benedito Silvério Ribeiro. *Tratado de Usucapião*. p. 758.

¹²⁰ GOMES, Orlando. *Direitos reais*. p. 157.

meio de prova”. Mas, como argumenta Lafayette,¹²¹ “a aceitação dessa maneira de ver importaria omitir a função mais importante da usucapião, que é a de sanar os vícios dos modos de adquirir. Não visa apenas a suprir a falta de prova. É, portanto, meio de aquisição”.

Também foi e continua sendo contestada, a qualificação da usucapião como modo originário de propriedade.

Por modo originário de aquisição de propriedade (móvel ou imóvel) deve-se entender aquele em que não há qualquer relação jurídica de causalidade entre o domínio atual e o estado jurídico anterior, como ocorre na hipótese da acessão e, para grande parte da doutrina, da usucapião.

Há, no entanto, autores sustentando que a usucapião é modo derivado de aquisição de propriedade, sob o fundamento de que ela não faz nascer direito novo, apenas substitui direitos do antigo titular. Mas, como argumentam vantajosamente aqueles que propugnam pela usucapião como modo originário da propriedade, a aceitação dessa maneira de ver traria dificuldades para a caracterização do instituto.

Isso porque, sendo derivados os modos de aquisição, existirá, entre o domínio do adquirente e o do alienante, uma relação de causalidade, representada por um fato jurídico, tal o contrato seguido de tradição, ou o direito hereditário.

Da lição de Ribeiro:¹²²

quando a propriedade foi adquirida por modo derivado, deve-se ter em mente duas importantes conseqüências: a) a domínio do sucessor vem eivado dos mesmos característicos, com os mesmos defeitos e limitações de que se revestia nas mãos do antecessor. Porque não podia transferir mais direitos do que tinha. *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Assim, por exemplo, se a propriedade vendida era resolúvel, não pode o adquirente pretender tê-la plena. Se sobre o imóvel recaía uma servidão, ou uma hipoteca, não pode o comprador desprezar a existência desses direitos reais sobre a coisa adquirida; e, b) na aquisição derivada, para provar o seu domínio, o titular deve, igualmente, comprovar a legitimidade do direito de seu antecessor, e do antecessor deste, e assim por diante, até completar-se o período suficiente para a aquisição do direito pela usucapião.

¹²¹ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Obra fac-similar*. Brasília: História do Direito Brasileiro, 2004. p. 221.

¹²² RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. p. 90.

Parece, portanto, mais apropriado qualificar-se a usucapião como modo originário de aquisição da propriedade.

1.4.2.5 A usucapião no direito brasileiro

Conforme já demonstrado, o legislador pátrio, tanto o de 1916, quanto o de 2002, define as espécies da usucapião de acordo com o tempo transcorrido e com as peculiaridades da posse.

Nota-se, entretanto, que o legislador de 2002, na esteira do legislador constitucional de 1988, trouxe algumas inovações com relação ao instituto ora estudado, entre as quais destacam-se a usucapião urbana, a usucapião rural e a usucapião coletiva, além de mudanças significativas no prazo das tradicionais espécies de usucapião ordinária e extraordinária, já consagradas no Código Civil de 1916.

O art. 1.238 do novo Código Civil, que estabelece a usucapião extraordinária, disciplina *in verbis*:

Art. 1.238. Aquele que, por 15 (quinze) anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fê; 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.

Observa-se, portanto, que a redução do prazo de 20 (vinte) para 15 (quinze) anos e o estabelecimento do prazo de 10 (dez) anos, se o posseiro realizou obras ou serviços de caráter produtivo ou utilizou o imóvel para moradia habitual, podem ser considerados avanços do Código Civil de 2002, especialmente quando consideradas as peculiaridades da realidade socioeconômica do país.

Não se olvide, entretanto, que, nos termos do disposto no art. 2.028 do mesmo Código, serão os da lei anterior os prazos (no caso, 20 anos), quando reduzidos pelo novo Código, se, na data de sua entrada em vigor, já houve transcorrido mais da metade do tempo estabelecido no Código Civil de 1916.

De igual modo, até 11 de janeiro de 2005, o prazo estabelecido no parágrafo único do artigo 1.238 acima transcrito será acrescido de 2 (dois) anos, qualquer que seja o tempo

transcorrido na vigência do Código de 1916. É o que disciplina o art. 2.029 do novo Código Civil.

O art. 1.242 do novo Código Civil, que estabelece a usucapião ordinária, disciplina *in verbis*:

Art. 1.242. 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 do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

Também nessa espécie pode-se considerar que houve avanço do novo Código Civil em relação ao Código Civil revogado. Embora o legislador de 2002 tivesse mantido o prazo de 10 (dez) anos previsto na legislação anterior, reduziu esse mesmo prazo para 5 (cinco) anos se o imóvel foi adquirido a título oneroso com registro cancelado e desde que o possuidor tenha realizado investimento de interesse econômico e social ou tenha utilizado o imóvel como sua moradia.

Com relação à redução de prazo, vale para o art. 1.242 a mesma regra do art. 2.029 transcrito anteriormente, ou seja, até 11 de janeiro de 2005, o prazo ali estabelecido será acrescido de 2 (dois) anos, qualquer que seja o tempo transcorrido na vigência do Código de 1916.

Como novidade também pode ser qualificada a abolição, feita pelo art. 1.242 transcrito anteriormente, da distinção dos prazos em virtude das pessoas estarem presentes ou ausentes, consagrada no Código Civil revogado. A doutrina sustenta que os avanços técnico-científicos e das comunicações não justificariam a manutenção da mencionada distinção.

Avançadas também podem ser qualificadas as normas dos arts. 1.239 e 1.240 do novo Código, que, seguindo as diretrizes do legislador constitucional de 1988 e, na esteira da Lei n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) reafirmaram as espécies da usucapião especial rural e urbana, respectivamente.

A usucapião especial urbana, criada pela Constituição Federal de 1988 (art. 183, §§ 1.º e 3.º) vem disciplinada no art. 1.240 do novo Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 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 antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Aqui não há propriamente que se falar em novidade, uma vez que o novo Código praticamente repete a regra da Constituição Federal de 1988. Apontam-se, entretanto, as características dessa espécie de usucapião que são a dispensa de justo título e a presunção de boa-fé.

Na lição de Ribeiro¹²³ “tanto o brasileiro como o estrangeiro podem ser beneficiários, havendo restrições quanto ao último, em razão da residência no País”.

Outra característica importante é que somente a pessoa física pode valer-se dessa espécie de usucapião, tendo em vista que a pessoa jurídica não tem residência nem família.

A usucapião especial rural, criada pela Constituição de 1988 (art. 191, par. ún.) e regulamentada pela Lei n. 6969/1981, também foi reafirmada pelo Código Civil de 2002, em seu art. 1.239, com a seguinte redação:

Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Com relação a esta espécie também não se pode dizer que houve avanço do novo Código Civil, uma vez que, tanto a Constituição Federal de 1988, quanto a Lei n. 6969/1981, já consagravam a espécie. Como elementos característicos dessa espécie de usucapião podem ser apontadas: a boa-fé, que é presumida e o justo título, que, no caso, é dispensado.

Segundo ensina Ribeiro,¹²⁴ o novo Código Civil privilegia a posse-trabalho, tanto no que se refere ao imóvel rural quanto ao urbano.

¹²³ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. p. 903.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 990.

Também para essa espécie de usucapião o possuidor usucapiente só poderá ser pessoa física, não se admitindo a jurídica.

Por último, houve a reafirmação, no Código Civil de 2002 (art. 1.228, § 4.º), da chamada usucapião coletiva, instituída pelo denominado Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), nos moldes e segundo as diretrizes previstas nos arts. 182 e 183 da Constituição Federal de 1988, que estabelecem as normas de política de desenvolvimento urbano.

O art. 1.228 do novo Código Civil, reafirmando os princípios estabelecidos no art. 10 da Lei n. 10.257/2001, disciplina, *in verbis*:

Art. 1.228.

§ 4º 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 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.

Trata-se, na verdade, de mais um dos aspectos polêmicos trazidos pelo novo Código Civil. Afinal, já vinha sendo questionada a constitucionalidade da norma do art. 10 da Lei n. 10.257/2001, que instituiu essa modalidade de usucapião coletiva, sob o argumento de que, embora a Constituição Federal de 1988 tenha estatuído a usucapião urbana (art. 183), não criou a forma coletiva dessa modalidade. Sendo assim, não caberia ao legislador infraconstitucional fazê-lo.

Sem adentrarmos no mérito da discussão doutrinária a respeito da constitucionalidade, ou não, do art. 10 do Estatuto da Cidade, que extrapolaria os objetivos deste estudo, gostaríamos de, mais uma vez, trazer a lição de Ribeiro¹²⁵ que, ao analisar o assunto leciona:

cabe consignar que o estatuto alberga disposições reguladoras de diretrizes firmadas na Constituição, concernentes à política urbana. Assim, não poderiam as normas ordinárias, que são complementares aos princípios mestres, afastar-se das idéias delineadas no art. 182 da Lei Maior. Ao mencionar o art. 10 do Estatuto *áreas urbanas com mais de 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados)*, tem-se que o legislador ordinário ultrapassou o *quantum*

¹²⁵ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. p. 943.

estabelecido no art. 183 da CF. Em tese, feriu os princípios da isonomia e da igualdade, uma vez que a política do legislador constitucional foi a de facilitar que pessoas pobres ou de baixa renda, sem moradia, tivessem reconhecido o direito de propriedade sobre imóvel de até 250m², tamanho que entendeu suficiente para alguém poder morar. Como já assinalado pouco antes, não há no Estatuto dispositivo que limite a área de cada ocupante aos 250m² delineados na Constituição.¹²⁶

Embora o novo Código Civil tenha dispensado o critério de baixa renda exigido no Estatuto da Cidade e adotado a exigência da boa-fé e de existência no imóvel de obras e serviços de interesse econômico e social, mesmo assim parece perpetuar a confusão estabelecida no citado Estatuto, uma vez que a idéia de usucapião sempre foi voltada para área certa, delimitada e posicionada em local determinado, enquanto que a usucapião coletiva atinge áreas com mais de 250m², mais especificamente, extensas áreas, como consta no § 4.º do art. 1.228 do novo Código Civil.

Tudo isso sem falar da inevitável constituição do condomínio, reconhecido “como o grande foco de discórdias no que toca à propriedade”¹²⁷ que, certamente, se estabelecerá nesse tipo de usucapião coletiva, criado pela Lei n. 10.257/2001 e reafirmado pelo novo Código.

Existem argumentos sustentando que essa modalidade não é propriamente usucapião, aproximando-se mais da desapropriação, já que poderá haver a fixação, pelo juiz, de justa indenização ao proprietário quando da proposição de ação reivindicatória e, como se sabe, a indenização não é requisito da usucapião.

Portanto, relativamente a essa modalidade, parece ter havido retrocesso do novo Código Civil pois, embora o objetivo tenha sido o de ordenar o desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana, o novo diploma Civil deixa as mesmas lacunas já existentes no Estatuto da Cidade o que, seguramente, dará margem a discussões intermináveis.

¹²⁶ Anote-se, por oportuno, que ainda está em tramitação no Congresso Nacional a Medida Provisória n.2.220, de 4 de setembro de 2001, dispondo sobre a concessão especial **de imóveis públicos de até 250m², situados na área urbana**, para aqueles que, até 30 de junho de 2001, possuísem tais imóveis, por cinco anos ininterruptos e sem oposição, utilizando-os para sua moradia ou de sua família, desde que não sejam proprietários ou concessionários de outro imóvel urbano ou rural. (grifo nosso)

¹²⁷ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. p. 944.

Com relação aos bens móveis, não houve modificações significativas no novo Código Civil, nem mesmo com relação aos prazos, que continuam os mesmos estabelecidos no Código Civil revogado, tanto para a usucapião ordinária, prevista no art. 1.260, quanto para a extraordinária, disciplinada no art. 1.261 do referido diploma.

Para tais modalidades de usucapião, essa é a opinião corrente, não houve avanços ou retrocessos, uma vez que o legislador do novo Código manteve as regras do Código Civil de 1916, que não eram merecedoras de maiores críticas.

Portanto, conforme se demonstrou, exceção feita à modalidade de usucapião coletiva, pode-se afirmar que houve avanço do novo Código Civil no que tange à regulamentação do instituto. E cediço o entendimento de que os avanços alcançados pela tecnologia da informação, principalmente a partir da última década do século passado, justificam as mudanças implementadas pelo legislador do novo Código, especialmente aquelas relativas à redução de prazos das tradicionais modalidades de usucapião ordinária e extraordinária.

Além disso, não se pode olvidar, que, especialmente a partir da segunda metade do século XX, a propriedade vem sendo tratada em face de sua função social. Nesse sentido parece que o legislador do novo Código Civil avançou ao privilegiar a moradia e a realização de obras ou serviços de caráter produtivo, ou de investimentos de interesse econômico e social para fins de aquisição de bens pela usucapião.

E, como asseveram alguns, as mudanças observadas no novo Código Civil relativamente à usucapião são também justificáveis pelo fato de que, na atualidade, o ponto de referência da sociedade mudou do indivíduo para a sociedade. Assim, não é mais a figura do indivíduo, como consagrada pelo Código Civil de 1916, mas o da dignidade humana que está a atrair a atenção das novas legislações, especialmente da civil, como é o caso em exame.

2

O USO E A OCUPAÇÃO DO SOLO URBANO**2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS**

Esse é um tema, pode-se afirmar com segurança, que ganhou especial importância no Brasil a partir da segunda metade do século XX, devido ao acentuado êxodo rural urbano ocorrido a partir da década de 1950.

O forte deslocamento da população, dita rural, para algumas cidades brasileiras,¹²⁸ especialmente São Paulo e Rio de Janeiro, provocou, para o Estado, a necessidade de indicar, por meio da técnica jurídica, os traços de uma legislação que, ao mesmo tempo que garante a manutenção da propriedade, também impõe limitações ao seu exercício, visando tornar seu uso menos abusivo, no sentido de fazer com que a propriedade cumpra a sua função social.

Essa preocupação do legislador pátrio em estabelecer um número cada vez maior de limitações ao exercício do direito de propriedade, especialmente da propriedade urbana, é fruto da contradição existente entre uma economia agrária, que foi o pano de fundo e serviu de base para a elaboração do Código Civil de 1916 e uma economia industrial, ou pós-industrial, como preferem alguns, vivenciada a partir da década de 1950. Basta notar, como adiante se analisará detidamente, que o legislador pátrio volta sua atenção para o imóvel urbano a partir da década de 1930, quando são editadas leis com o nítido objetivo de organizar a cidade e sua ocupação, como são exemplos o Decreto-lei n. 25 de 1937, o Decreto-lei n. 38, de 1937 e o Decreto-lei n. 311, de 1938.

2.2 A POSSE**2.2.1 Conceito**

Conceituar a posse, reconhecem os autores, não tem sido tarefa das mais fáceis no campo do Direito. Enquanto a propriedade, conforme se analisou até aqui, é o direito de

¹²⁸ Veja o Anexo 2 deste trabalho.

possuir ou de dispor de alguma coisa de modo pleno e absoluto, direito esse que se configura e se mantém, ainda que o sujeito não tenha a posse de fato dessa coisa, a posse se caracteriza pela simples manutenção, de fato, de alguma coisa pelo sujeito, ou, conforme Ihering¹²⁹ “a posse é o poder de fato, e a propriedade é o poder de direito, sobre a coisa”.

Segundo Rodrigues:¹³⁰

enquanto a propriedade é a relação entre a pessoa e a coisa, que assenta na vontade objetiva da lei, implicando um poder jurídico e criando uma relação de direito, a posse consiste em uma relação de pessoa e coisa, fundada na vontade do possuidor, criando mera relação de fato. Tal relação de fato talvez nada mais seja que a exteriorização de propriedade.

No mesmo sentido é a lição de Pereira¹³¹ ao afirmar que a situação de fato é nuclear para caracterizar a posse e distingui-la da propriedade. Segundo este autor, “em todas as escolas está sempre em foco a idéia de uma situação de fato, em que uma pessoa, independentemente de ser ou de não ser proprietária, exerce sobre uma coisa poderes ostensivos, conservando-a e defendendo-a”.

Ocorre, entretanto, que essa situação de fato, que é nuclear para distinguir a posse da propriedade, por vezes traz certa dificuldade em relação ao conceito de posse, uma vez que “nem todo estado de fato, relativamente à coisa ou à sua utilização, é juridicamente posse. Às vezes o é. Outras vezes não passa de mera detenção, que muito se assemelha à posse, mas que dela difere na essência, como nos efeitos”.¹³²

Considera-se detentor, segundo a regra do art. 1.198 do Código Civil em vigor,

aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas”. E, conforme dispõe o parágrafo único do mesmo artigo, “aquele que começou a comportar-se do modo como prescreve este artigo, em relação ao bem e à outra pessoa, presume-se detentor, até que prove o contrário.

¹²⁹ IHERING, Rudolf Von. *Teoria simplificada da posse*. São Paulo: Rideel, 2005. p. 12.

¹³⁰ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito das coisas*. p. 16.

¹³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 4.

¹³² *Ibid.*, p. 17.

Assim, o exemplo é de Rezende:¹³³

o mandatário, que recebeu a incumbência de tomar posse de uma coisa para o mandante, e o depositário que deve conservá-la para ele, estão numa relação com a coisa, diferente da do rendeiro, do locatário, ou do comodatário. Aqueles querem ter a coisa unicamente *no interesse* do possuído; estes querem tê-la no seu próprio interesse. **A posse consiste em tomar a coisa para si, isto é, colocar esta coisa consigo numa relação exclusiva, externamente reconhecível.** A relação assim estabelecida caracteriza-se, positivamente, pela possibilidade, assegurada de fato, de agir em pessoa sobre a coisa, e negativamente, pela exclusão de quaisquer outras pessoas. (grifo nosso)

Já era esse o entendimento de Pereira¹³⁴ para quem:

a detenção, é o fato material que submete a coisa à vontade do homem e cria para ele a possibilidade de dispor fisicamente dela, com a exclusão de quem quer que seja. A detenção sem o *animo sibi habendi*, é um mero fato, sem relação com a aquisição de um direito.

Portanto, se detentor é aquele que conserva a coisa em nome de outro, possuidor, segundo preceitua o art. 1.196 do Código Civil vigente, é “todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade”.

Essa regra do art. 1.196, conforme já se observou anteriormente, não trouxe grande novidade, uma vez que praticamente repetiu a redação do art. 485 do Código Civil de 1916, apenas suprimindo a palavra domínio.

2.2.2 A posse: elementos e natureza jurídica

A posse é fato ou direito? Essa foi a famosa polêmica travada entre Ihering e Savigny sobre a natureza jurídica da posse e que ocupou boa parte de nossa doutrina.

Comentando a denominada teoria subjetiva, Rodrigues¹³⁵ ensina que, para Savigny,

a posse é o poder de dispor fisicamente da coisa, com o ânimo de considerá-la sua e defendê-la contra a intervenção de outrem. Encontram-se, assim, na posse, dois elementos: um elemento material, *o corpus*, que é representado pelo poder

¹³³ REZENDE, Astolpho. *A posse e sua proteção*. 2. ed. São Paulo: Lejus, 2000. p. 139.

¹³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais*. p. 35.

¹³⁵ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito das coisas*. p. 18.

físico sobre a coisa; e um elemento intelectual, o *animus*, ou seja, o propósito de ter a coisa como sua, isto é, o *animus rem sibi habendi*.

É pacífico, na doutrina, o entendimento de que, para Savigny, o *animus*, que corresponde ao elemento subjetivo, é o elemento essencial e preponderante para se caracterizar a posse. Essa intenção, sustenta Lafayette Rodrigues Pereira,¹³⁶ não deve ser confundida “com a intenção do senhor (*dominus*), conscio de seu direito. A intenção do proprietário legítimo tem por objeto o domínio; a intenção do méro possuidor exprime tão somente a deliberação de reputar a coisa por sua e de proceder em relação a ele como se fosse verdadeiro senhor”.

A concepção de Savigny, segundo a lição de Caio Mário da Silva Pereira,¹³⁷

exige, pois, para que o estado de fato da pessoa em relação à coisa se constitua em posse, que ao elemento físico (*corpus*) venha a juntar-se a vontade de proceder em relação à coisa como procede o proprietário (*affectio tenendi*), mais a intenção de tê-la como dono (*animus*). Se faltar essa vontade interior, esta intenção de proprietário (*animus domini*), existirá simples *detenção* e não posse.

Novamente, da lição de Caio Mário da Silva Pereira,¹³⁸ retiramos que, para Ihering, o *corpus* não é a faculdade real e imediata de dispor fisicamente da coisa, como pretendia Savigny, mas “a relação exterior que há normalmente entre o proprietário e coisa, ou a aparência da propriedade”. Já, o elemento psíquico, *animus*, na teoria objetivista de Ihering, continua, “não se situa na intenção de dono, mas tão-somente na vontade de proceder como procede habitualmente o proprietário – *affectio tenendi* – independentemente de querer ser dono”.¹³⁹

Sendo assim, reconhece a doutrina, a *affectio tenendi* é o elemento nuclear para a distinção entre as teorias subjetiva e objetiva, respectivamente de Savigny e de Ihering alinhavadas anteriormente. Para Savigny, como visto, a posse só se caracteriza pela existência conjunta do *animus* e do *corpus*. A ausência do *animus*, ainda que presente a *affectio tenendi* será mera detenção. Já, para Ihering, a presença da *affectio tenendi* mais o *corpus* caracteriza a posse, independentemente da existência do *animus*.

¹³⁶ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Obra fac-similar*. p. 36.

¹³⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais*. p. 19.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 19.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 20.

E, mais uma vez com Caio Mário da Pereira¹⁴⁰ vale observar que “dois elementos estão presentes em qualquer posse: uma coisa e uma vontade, que sobre ela se exerce. Estes elementos, material e anímico, hão de estar sempre conjugados, e, sem a sua presença conjunta, nenhuma posse há”.

Para Savigny, portanto, conforme sustenta Lafayette Rodrigues Pereira¹⁴¹ “a posse é um fato e um direito: - um fato que respeita à detenção, um direito por seus efeitos”.

Para Ihering, ao contrário, a posse “constitui um direito de um tipo peculiar, diferente por sua natureza de todos os outros”.¹⁴² Segundo esse autor, “se a posse, como tal, não estivesse protegida não constituiria, na verdade, senão uma pura relação de fato sobre a coisa, mas a partir do momento em que é protegida, reveste-se do caráter de relação jurídica, o que equivale a um direito”.¹⁴³

Atualmente, a afirmação de Ribeiro¹⁴⁴ qualifica “a posse como um direito de natureza real, em consideração a elementos que a caracterizam, entre estes a oponibilidade *erga omnes*, indeterminação do sujeito passivo e incidência em objeto obrigatoriamente determinado”.

2.2.3 Classificação e proteção

A posse, reconhece a doutrina, pode ser direta ou indireta, justa ou injusta, de boa-fé ou de má-fé, nova ou velha, *ad interdicta* e *ad usucapionem*.

A posse, conforme estabelece o art. 1.197 do Código Civil em vigor, pode ser direta ou indireta. A posse indireta, de acordo com a definição de Diniz¹⁴⁵ “é a daquele que cede o uso do bem e a direta é a daquele que recebe o bem, para usá-lo ou gozá-lo, em virtude de contrato, sendo, portanto, temporária e derivada”.

Ainda, segundo a mesma doutrina, o princípio geral sobre o caráter da posse pode ser encontrado no art. 1.203, pois, pelo disposto nesse artigo do Código Civil,

¹⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais*. p. 18.

¹⁴¹ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Obra fac-similar*. p. 40.

¹⁴² IHERING, Rudolf Von. *Teoria simplificada da posse*. São Paulo: Rideel, 2005. p. 35.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 39.

¹⁴⁴ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. p. 652.

¹⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. p. 64.

há a presunção *juris tantum* de que a posse guarda o mesmo caráter de sua aquisição, salvo, se, p. ex., o adquirente a título clandestino ou violento provar que sua clandestinidade ou violência cessaram há mais de ano e dia, caso em que a posse passa a ser reconhecida (CC, art. 1.208), já o mesmo não se pode dizer do vício da precariedade.¹⁴⁶

Considera-se justa a posse quando esta é exercida sem os vícios de violência, clandestinidade ou precariedade, ou seja, quando se possui a coisa sem que haja obstáculos objetivos, os chamados fâmulos da posse elencados nos arts. 1.198, 1.200 e 1.208 do novo Código Civil. Se existir obstáculo objetivo a que se possua a coisa com esse *animus*, o possuidor não pode adquirir a propriedade por usucapião, conforme analisado.

No dizer de Ihering,¹⁴⁷ a posse é

o poder de fato, e a propriedade o poder de direito sobre a coisa. Ambas podem encontrar-se reunidas no proprietário, como também estar separadas; e isto ocorre de duas maneiras: ou o proprietário transfere a outro a posse, reservando para si a propriedade, ou a posse da coisa lhe é tirada contra a sua vontade. No primeiro caso a posse é justa (*possessio justa*), e o proprietário deve respeitá-la; no segundo caso, é injusta (*possessio injusta*), e ele pode recuperá-la através de um pleito judiciário. Então, uma vez que lhe assiste esta faculdade, ele tem o direito de posse.

Segundo preceitua o art. 1.201 do Código Civil vigente, “é de boa-fé a posse se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa”. Ainda, segundo o parágrafo único do mesmo artigo, “o possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção”.

É pacífico, na doutrina, o entendimento de que, nos países que adotam o sistema romano-germânico de direito, a noção de boa-fé (*fides*) está diretamente associada à idéia de ignorância do vício ou obstáculo que impede a aquisição do bem.¹⁴⁸

É nova a posse cuja duração é inferior a ano e dia, sendo, conseqüentemente, velha a posse que ultrapassar esse prazo. Referida regra, constante no art. 508 do Código Civil de

¹⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. p. 65.

¹⁴⁷ IHERING, Rudolf Von. *Teoria simplificada da posse*. São Paulo: Rideel, 2005. p. 12.

¹⁴⁸ A título de exemplo, o art. 1.147 do código civil italiano estabelece que “É possessore di buona fede chi possiede ignorando di ledere l'altrui diritto. La buona fede non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave. La buona fede è presunta e basta che vi sai stata al tempo dell'acquisto”.

1916 não foi recepcionada pelo Código Civil de 2002. Permanece, em vigor, entretanto, regendo as ações possessórias, por força do disposto no art. 924 do CPC, que possui a seguinte redação: “regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da seção seguinte, quanto intentado dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho; passando esse prazo, será ordinário, não perdendo, contudo, o caráter possessório”.

Há, ainda, a posse *ad usucapionem*, já analisada neste trabalho e a posse *ad interdicta*.

Os interditos possessórios, conforme destacamos anteriormente, ao tratar da *usucapião*, são uma típica criação romana eis que, segundo marca a História, o pretor peregrino, no transcurso do processo formular, via-se obrigado, em diversas ocasiões, a estabelecer uma fórmula com o objetivo de amparar os possuidores de boa-fé que não eram protegidos pelo direito quiritário.

No Brasil, até meados do século XIX, a posse era regulamentada pelas Ordenações Filipinas e por leis extravagantes que, por possuírem uma influência do direito romano-canônico, previam os interditos possessórios, que, conforme se demonstrou, representam um modo eficaz de proteção da ordem pública, quando se configurava uma situação de ameaça, turbação ou esbulho da posse.

Tendo o legislador português de 1603 por objetivo adaptar a legislação então vigente aos preceitos das normas estipuladas pelo Concílio de Trento, as quais possuem, entre seus pilares, a proteção da família e da sociedade, não seria lógico supor que o legislador português da época deixasse de contemplar tal garantia à posse, que, além de exteriorizar o domínio, como preferem alguns, garante a ordem pública.

Assim é que os interditos referentes à manutenção e reintegração de posse (turbação e esbulho) e o interdito proibitório, para o caso de ameaça foram recepcionados e estão contemplados nas Ordenações Filipinas.

Diz o Título 58, do Livro 4 das Ordenações Filipinas, que:

Se alguma pessoa forçar, ou esbulhar outra da posse de alguma casa, ou berdade, ou de outra possessão, não sendo primeiro citado e ouvido com sua Justiça, o forçador perca o direito, que tiver na cousa forçada, de que esbulhou o possuidor, o qual direito será adquirido e applicado ao esbulhado, e lhe seja logo restituída a posse della. E se o forçador não tiver direito na cousa, em que fez a força, pagará ao forçado outro tanto, quanto a cousa valer, e mais todas as

perdas e danos, que na força, ou por causa della em qualquer modo receber. E posto que allegue, que he senhor da cousa, ou lhe pertence ter nella algum direito, não lhe seja recebida tal razão, mas sem embargo della seja logo constringido restituil-a ao que a possuia e perca todo o direito, que nella tinha, pelo fazer por sua própria força, e sem autoridade de Justiça.

Segundo Lobão,¹⁴⁹ a Ordenação Filipina “concede nos seus casos a aquisição da posse, e imissão n’ella extrajudicialmente. Ella ao mesmo tempo se vê collocada debaixo do T. 58, e indica que n’estes casos cessa a regra geral estabelecida no princípio da mesma ordenação.”

Prossegue o citado autor¹⁵⁰ que para:

o desforçamento ha dois meios (sem necessidade de recorrer aos interditos); um d’elles, o mais seguro e prudente, é requerer ao magistrado assistencia de officiaes de justiça para o desforçamento na forma da boa praxe (.....)”..... caso o espoliado não quer recorrer a este meio, o mais seguro e providente, elle pela permissão da Ord., L. 4, T. 58, pr. 2, póde recuperar a posse desforçando-se, aindaque com ajuntamento de gente, quanta lhe for necessaria conforme a prepotencia do adversario. Contabtoque assim execute in continenti (o que a ordenação deixa ao arbitrio do julgador). E isto aindaque esse ajuntamento para esse fim forme o numero que constitua assuada; e contanto que assim seja preciso, e se trate de recuperar uma posse justa e legitima, que foi espoliada”.

E, no Título 78, do Livro 3 do mesmo diploma vem estipulado que:

TÍTULO LXXVIII

3. Outros atos extrajudiciaes há, que não poem fim às demandas, e estes são em trez maneiras; porque há hi huns, que são começados e acabados, e outros, que são começados, mas somente são cominatórios.

No primeiro caso não se pode appellar de taes autos, mas são por Direito introduzidos outros remedios de provimento, a que chamam interditos recuperatorios; pelos quais sabida a verdade summariamente, todos os autos feitos e atentados serão tornados e restituídos ao primeiro stado. Assi como, se hum homem esbulhasse outro de alguma cousa, que elle possuísse pacificamente, em tal caso não se acha por Direito que de tal auto possa appellar, mas he dado o dito remedio, que se chama interdicto, per o qual

¹⁴⁹ LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. *Tratado encyclopedico compendiario, pratico e systematico dos interditos e remedios possessorios geraes e especiaes*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1867. p. 51.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 14.

(provado elle como foi justamente esbulhado) sera logo restituído a posse da cousa sem outro embargo, nem será o que esbulhou, relevado da dita restituição, aindaque diga da cousa esbulhada he sua, e tem ela propriedade, ou qualquer outro direito.

4. No segundo caso dos autos, que são começados e não acabados, he achado hum só caso de Direito, em qual (postoque não pôdem appellar) pôdem denunciar segundo costume de cada lugar, a qual denunciação tem tanto effeito e vigor, como appellação; convem a saber, quando algum edifica novamente alguma obra, que ao outro he prejudicial, tolhendo-lhe a vista de sua casa, ou outra servidão, que lhe seja devida, pôde aquelle, a que assi se tolhe vista, ou servidão, por si denunciar ao edificante, lançando certas pedras na obra, segundo Direito e uso da terra, que mais não faça naquella obra, pois a elle he prejudicial; e depois, que a denunciação assi fôr feita, sendo mais edificado na obra, o Juiz da terra, sendo para isso requerido, mandara desfazer tudo que assi mais fôr edificado, e depois que tudo fôr tornado ao primeiro stado, então tomará o Juiz conhecimento da duvida e contenda, e fará justiça às partes.

5. E, quanto ao terceiro caso dos autos extrajudiciaes, que não começados, mas comminatorios, dizemos que a parte, que se teme, ou receia ser aggravada per a outra parte, pôde recorrer aos Juizes da terra, implorando seu Officio, que o provejam, como lhe não seja feito agravo. E poderá ainda fora do Juízo appellar de tal cominação, pondo-se sob poderio do Juiz, requerendo, e protestando de sua parte àquelle, de que se teme ser aggravado, que tal agravo lhe não faça.

E se depois do dito requerimento e proteção assi feita, fôr alguma novidade commettida ou attentada, mandará o Juiz (se fôr requerido) tornar e restituir tudo ao primeiro stado. E em tal protestação sera inserta e declarada a causa verisimil e razoada, por que assi protestou: pôde-se pôr exemplo: se algum se temer de outro, que o queira offender na pessoa, ou lhe queira sem razão occupar e tomar suas cousas, poderá requerer ao Juiz que segure à elle as suas cousas do outro, que o quizer offender, a qual segurança lhe o Juiz dará; e se depois della elle receber offensa daquelle, de que foi seguro, restituil-o-há o Juiz, e tornará tudo o que foi commetido e attentado depois da segurança dada, e mais procederá contra o que a quebrantou, e menosprezou se umandado, como achar per Direito.

É interessante notar que a doutrina pátria contemporânea costuma atribuir caráter processual à ação de nunciação de obra nova, embora o Código de Processo Civil em vigor não contemple tal ação como possessória. Analisando o § 4.º, do Título 78, do Livro 3 transcrito anteriormente, parece razoável supor que aí existe o germe do caráter possessório que atualmente se pretende dar a tal ação.

Não se admite a reconvenção para que não seja impedida a restituição da coisa esbulhada, conforme nota (7) ao Título 78 do Livro 4 das Ordenações Filipinas,¹⁵¹ em face do disposto no § 4.º, do Título 33, do Livro 3 do mesmo diploma que assim dispõe:

4. Há hi taes auções, em que não cabe reconvenção, convem saber, convenção de esbulho, guarda e deposito, e accusação de feito crime, em que a Justiça haveria lugar, posto que a parte não accusasse; porque estas convenções são privilegiadas, e não cabe em ellas reconvenção, porque não seja impedida a restituição da coisa esbulhada, ou posta em guarda e deposito, nem accusação de feito crime.

Ainda, segundo a mesma nota:

o Desembargo do Paço expedia também cartas para manter essa posse, e restitutoria da posse em favor dos esbulhados (Ord. Liv. 1 t. 3 pr. 3 e pr. 6, e liv. 3 t. 85 pr.1); o que cessou pelo art. 7 da L. de 22 de Setembro de 1828) (...) Entretanto, se o esbulhador evidentemente mostra que a propriedade he sua, parece de razão, que seja mantido na posse, e não privado (Ass de 16 de Fevereiro de 1786 no segundo quisito), por quanto cf declara o Ass *in fine*, seguir-se-ia um absurdo visível se outra cousa se determinasse (Cordeiro – Dub, 50).

A seguir – conclui -, com base na doutrina de Silva Pereira, que também não cabem embargos de terceiro.

Mais uma vez com Lobão,¹⁵² vemos que, apesar:

de ser summario este interdicto e de depender, por via de regra, de acção ordinaria a disputa do dominio, *ex Cord., de Interdict.*, Dub. 50, n. 27 e 33, Dub. 48, n. 65, Dub. 49, n. 20; contudo a nossa Ord. L. 1, T. 68, pr. 23, quer que n'este summario mesmo se conheça do direito da propriedade e justiça ou injustiça da nunciação, como bem ponderou um senador na deliberação transcripta por Peg., Tom. 6, ad Ord. L. 1, T. 68, pr. 22, n. 18 e 19. Nem eu jamais vi que nas sentenças que decidem a nunciação, se reserve direito para outra acção sobre a propriedade, como nos mais remedios possessorios. E seria absurdo, desprezada a nunciação, mandar-se findar a obra com essa reserva de

¹⁵¹ ALMEIRA, Cândido Mendes de. *Ordenações Filipinas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985. p. 851. *Obra fac-similar*.

¹⁵² LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. *Tratado encyclopedico compendiario, pratico e systematico dos interditos e remedios possessorios geraes e especiaes*. p. 83.

direito ao nunciante, e, vencendo depois este na causa ordinária, demolir-se o todo ou grande parte de algum edifício.

Atualmente, as ações possessórias são regulamentadas pelo art. 920 e seguintes do Código de Processo Civil, sendo que o legislador do Código Civil de 2002 dedicou o Cap. III, do Título I, do Livro III para tratar da posse e seus efeitos.

Segundo ensina Rodrigues:¹⁵³

para que à posse se confira a proteção dos interditos, basta que ela seja justa, isto é, que não venha eivada dos vícios de violência, clandestinidade e precariedade. Assim, o titular de uma posse justa pode reclamar e obter a proteção possessória contra quem quer que o esbulhe, o perturbe, ou o ameace em sua posse. Ainda que o autor do esbulho, turbação ou ameaça seja o próprio proprietário da coisa, tal proteção é concedida. Portanto, para que a posse *ad interdicta* se configure, basta que seja justa.

E prossegue o professor Sílvio Rodrigues em sua lição, afirmando que,

em rigor, perante terceiros, que não o proprietário, qualquer posse dá direito aos interditos. Com efeito, ainda que a posse tenha vícios, o possuidor será garantido em sua posse, contra terceiros que não tenham sido vítimas da violência, da clandestinidade, ou da precariedade, enfim, de terceiros que não tenham melhor posse, visto que estes nada podem agüir contra aquele.

2.3 AS LIMITAÇÕES AO USO DA PROPRIEDADE

É pacífico, na doutrina, o entendimento de que as limitações ao uso da propriedade devem ser entendidas historicamente. Apontam-se, no Ocidente, três fases distintas relativas à propriedade. Assim, na Antigüidade, verificava-se o caráter religioso do instituto, onde cada família possuía o seu lar e seus antepassados. Referido caráter esvaiu-se na Idade Média, porém, nesse período, foram estabelecidos privilégios que mantinham seu *status* de direito absoluto, o que possibilitava, inclusive, o abuso por parte do titular do direito. Os privilégios feudais foram abolidos com a Revolução Francesa, que deu início a uma nova fase, marcada pela tendência à socialização da propriedade.

¹⁵³ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito das coisas*. p. 34.

Com a Revolução Francesa é decretada a destruição do feudalismo, estabelecendo a libertação do solo dos encargos, instituindo, deste modo, a propriedade plena, livre e individual, nos moldes da propriedade romana.

Entretanto, conforme leciona Wald:¹⁵⁴

tais limitações, ao contrário do que se pensa, não são uma criação do direito hodierno; já na antigüidade o proprietário não era onipotente. Mesmo no direito romano encontramos disposições restritivas do direito de propriedade. Ocorre todavia que a importância dessas restrições tem aumentado à medida que se intensifica a interdependência entre os homens e entre eles se consolida a solidariedade social.

Foi, entretanto, no século XX, com a idéia de Leon Duguit e, logo em seguida, com o reconhecimento da função social da propriedade nas constituições mexicana, de 1917 e alemã, de 1919, que a propriedade passou a sofrer uma série de limitações que, se não retiram o seu caráter de direito de exclusividade, atribuído a um titular, restringem significativamente o seu uso, conforme se analisará a seguir.

É necessário observar, entretanto, que a doutrina costuma destacar duas espécies de limitações: as legais e as voluntárias. As primeiras decorrem da lei, ou seja, da vontade das partes. Entre as limitações decorrentes da lei, existem as de ordem privada, que favorecem os particulares e aquelas “de direito público, estabelecidas em favor da coletividade”.¹⁵⁵ É dessa última espécie que nos ocuparemos neste estudo.

2.3.1 A função social da propriedade

A função social da propriedade é tida como a limitação do direito natural do indivíduo em benefício da coletividade, ou conforme ensina Silva,¹⁵⁶ “a função social da propriedade condiciona a propriedade como um todo”.

A função social da propriedade é, por assim dizer, o estabelecimento pelo Estado de algumas restrições ao uso e gozo da propriedade individual. Enquanto nos Estados Liberais a propriedade era vista como absoluta, sem limites, nos Estados Modernos, ao mesmo

¹⁵⁴ WALD, Arnoldo. *Direito das coisas*. 11. ed. rev., aum. e atual. com a colaboração dos professores Álvaro Villaça Azevedo e Vera Fradera. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 126.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 148.

¹⁵⁶ SILVA, José Afonso. *Direito urbanístico brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 71.

tempo que o Estado garante aos cidadãos a liberdade de ser proprietário, estabelece uma série de limitações à atuação desse proprietário, de modo a garantir que o uso e o gozo dessa propriedade sejam realizados em prol da comunidade.

Deve-se anotar, entretanto, que o fato de o Estado exigir que a propriedade cumpra uma função social, não significa que a propriedade deixa de ser um direito exclusivo do seu titular. O que se verifica, a partir do reconhecimento da função social, é que o direito absoluto de propriedade, — que se consubstancia no fato de o proprietário ser regente e árbitro da própria coisa, como queria Constantino; de usar e abusar da própria coisa, como entendiam os Glosadores; ou de possuir um direito inviolável e sagrado, como prescreve a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, — passa a ganhar contornos sociais, ou dito de outro modo, a partir da função social da propriedade o Estado Moderno não deixa de reconhecer o direito de propriedade (que vem assegurado nas constituições como uma das bases que sustentam o Estado), porém, ao mesmo tempo que tal direito é reconhecido, seu exercício passa a ser permitido dentro de contornos cada vez mais rígidos e restritos.

Para Norberto Bobbio,¹⁵⁷ o “valor” dessa forma de propriedade será de tal maneira compartilhado a todos os níveis da sociedade onde se é ou se aspira a ser proprietário de qualquer objeto ou bem julgado importante para o indivíduo (ou grupo familiar), que qualquer ataque a essa propriedade será interpretado como uma ameaça aos próprios interesses, mesmo quando ela tiver por alvo as outras formas, bem mais importantes de Propriedade.

Assim, em nome dessa garantia de segurança e estabilidade social, o direito absoluto de usar a coisa, de modo exclusivo, sofreu, ao longo dos tempos, especialmente a partir do século XIX, uma série de limitações impostas pela legislação, visando tornar seu uso menos abusivo, no sentido de fazer com que a propriedade cumpra a sua função social.

É pacífico, na doutrina, o entendimento de que foi Augusto Comte, por meio de críticas dirigidas ao sistema capitalista de propriedade, especialmente aos abusos cometidos por tal sistema, um dos primeiros autores a defender a idéia de uma limitação à propriedade privada, impondo, deste modo, que o seu uso seja sempre e necessariamente, subordinado às necessidades sociais, ou seja, que a propriedade cumpra sua função social.

¹⁵⁷ BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASADINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. p. 1.026.

Foi, entretanto, conforme reconhece a boa doutrina, a partir de 1911, com a publicação do Tratado de Direito Constitucional, de Léon Duguit, que o termo ganhou a dimensão e a importância que possui até os nossos dias. Para esse autor, a propriedade, embora seja protegida pelo direito, não é necessariamente um direito, é uma coisa, uma realidade econômica, sendo, portanto, merecedora da proteção jurídica.

Portanto, a partir dessa concepção, mais do que um direito subjetivo, a propriedade passa a ser vista como uma obrigação imposta ao seu titular. Obrigação esta que consubstancia-se no dever de usá-la em benefício da sociedade, ou seja, a propriedade passa a ser vista como uma função social. Ela será protegida pelo Estado, ou não, dependendo do cumprimento desse mister.

Conforme a lição de Maluf:¹⁵⁸

hoje, a ninguém é dado ignorar, a propriedade perdeu já as suas mais fortes características antigas, e que, ante o desenvolvimento das novas correntes do pensamento político e social, inspiradas nas idéias solidarísticas da época, vai sendo paulatinamente substituída a sua concepção clássica por uma concepção dinâmica, mais humana e de maior e mais denso conteúdo social.

A doutrina destaca que o primeiro país a adotar essa nova maneira de conceber a propriedade, inserindo-a em seu ordenamento, foi o México. Em 1917, o art. 27, § 3.º, da constituição daquele país estabelecia que a “Nação terá em todo o tempo o direito de impor à propriedade privada as modalidades que dite o interesse público, assim como o de regular o aproveitamento dos recursos naturais suscetíveis de apropriação, para fazer uma distribuição eqüitativa da riqueza pública e para cuidar de sua conservação (...)”.

Foi, no entanto, com a Constituição alemã de 1919, conhecida como Constituição de Weimar, que a função social da propriedade se consagrou como um princípio, integrando a quase totalidade das constituições outorgadas no mundo ocidental a partir de sua promulgação. Reza o § 3.º, do art. 153, do citado diploma que “a propriedade obriga. Seu uso constitui ao mesmo tempo um serviço para o bem geral.”.

A Constituição italiana de 27 de dezembro de 1947 também reconhece a função social da propriedade ao estabelecer, em seu art. 42 que “... a propriedade é reconhecida e

¹⁵⁸ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 68.

garantida pela lei, que determina os modos de aquisição, de gozo e os limites, com o objetivo de assegurar a função social e de torná-la acessível a todos”.

O professor Carlos Alberto Dabus Maluf,¹⁵⁹ discorrendo sobre o referido art. 42 da Constituição italiana, ressalta que referido diploma “coloca em questão outra importante indagação: existe um direito de propriedade ou várias formas de propriedade? Admitindo uma propriedade pública, ele se afasta daqueles que definem o domínio como um poder jurídico do direito privado.” Entretanto, conforme ainda assevera o mestre paulista, “o problema não se restringe tão-só à admissão da propriedade pública ao lado da propriedade privada.” eis que, conclui, “autores como Josserand e Pugliatti, afirmam que hoje não existe propriedade, mas várias formas de propriedade”.

Nosso primeiro¹⁶⁰ diploma legal a reconhecer a função social da propriedade foi a Constituição de 1934, elaborada, conforme reconhece a doutrina majoritária, sob forte influência da Constituição alemã de 1919. Referido diploma estabelecia, no item 17, do art. 113, que era assegurado aos brasileiros e estrangeiros residentes no país “o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou colectivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização.”

O princípio foi mantido pela Constituição de 1946 que, em seu art. 147, assim estipulava: “art. 147. O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”.¹⁶¹

¹⁵⁹ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade*. p. 83.

¹⁶⁰ Nossas Constituições anteriores assim se expressavam sobre a propriedade:

A Constituição de 1824, após afirmar, no *caput* do art. 179, que a propriedade era, ao lado da liberdade e da segurança individual a base dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros estabelecia, em seu inc XXII, que era “garantido o direito de propriedade **em toda a sua plenitude** ...”. (grifo nosso).

A Constituição de 1891 estipulava, no § 17, do art. 72 que “o direito de propriedade mantém-se em toda a plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia”.

O Código Civil de 1916, por sua vez, após estabelecer, no art. 524, que “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 os possua; estabelecia, em seu art. 527, que “o domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário”.

¹⁶¹ O § 16 do art. 141 tinha a seguinte redação: “É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior”.

O princípio é reconhecido pela Constituição Federal de 1967 e confirmado pela Constituição de 1969, a qual estabelece, no art. 160, que “a ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios (...), III – função social da propriedade”.

É, entretanto, na Constituição de 1988 que a função social da propriedade sedimenta-se. Conforme a lição de Pereira:¹⁶²

quando a Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, inciso XXII, que textualmente assim diz: ‘XXII – é garantido o direito de propriedade’, tem-se que este direito é pleno, geral e irrestrito, não admitindo a intervenção na propriedade privada, a não ser naquelas formas tradicionais que impliquem em desapropriação. Entretanto, não podemos fazer uma leitura isolada do inciso XXII do art. 5º da CF/88, pois logo no inciso XXIII, da Carta Magna, a certeza de domínio pleno e de propriedade irrestrita já sofre a primeira exceção: ‘XXIII – a **propriedade atenderá a sua função social**’. (grifo nosso)

Além do art. 5º citado, nossa Carta de 1988 condicionou o uso da propriedade privada às exigências do plano diretor, ao estabelecer, no § 2º, do art. 182, que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. Este, conforme se analisará adiante, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

A Lei n. 10.257, denominada Estatuto da Cidade, que regulamenta o supra mencionado art. 182 da Constituição Federal de 1988 e estabelece normas que regulam o uso da propriedade urbana, reza, já em seu art. 2º, que “a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana”, mediante as diretrizes que estabelece.

Também o Código Civil de 2002 reconhece a função social da propriedade ao estabelecer, no § 1º do art. 1.228 que:

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 como evitada a poluição do ar e das águas.

¹⁶² PEREIRA, Luís Portella. *A função social da propriedade urbana*. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 14.

Conclui-se, portanto, que ao adotar a função social, o legislador do século XX e, por consequência, o do século XXI, abandonou a visão clássica da propriedade como direito absoluto, ilimitado e irrestrito, para posicionar-se a favor de um direito que, embora continue sendo absoluto (ao proprietário é assegurada a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la em poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha, cf. estabelece o *caput* do art. 1.228 do Código Civil de 2002), tem seu contorno cada vez mais limitado em face dos direitos sociais e coletivos. Em outros termos, o proprietário continua sendo livre para usar, gozar e dispor de sua propriedade, porém, essa liberdade possui limites cada vez menos extensos nos termos da lei.

Se a liberdade dos súditos é o silêncio da lei, conforme a clássica visão liberal, nesse caso a lei não silencia, pelo contrário, restringe cada vez mais o direito individual do proprietário, em prol da coletividade.

2.3.2 A desapropriação

A desapropriação, segundo a lição de Meirelles¹⁶³ “é a mais drástica das formas de manifestação do poder de império, ou seja, da soberania interna do Estado no exercício de seu domínio eminente sobre todos os bens existentes no território nacional”. Ela afeta a propriedade como instituição, já que o Poder Público, ao utilizar-se de tal mecanismo, retira a propriedade privada para dar-lhe destinação pública ou de interesse social.

Para Bandeira de Mello¹⁶⁴ desapropriação é:

o procedimento através do qual o Poder Público, fundado em necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, compulsoriamente despoja alguém de um bem certo, adquirindo-o originariamente mediante indenização prévia, justa e pagável em dinheiro, salvo no caso de certos imóveis urbanos ou rurais em que, por estarem em desacordo com a função social legalmente caracterizada para eles, a indenização far-se-á em títulos da dívida pública, resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas, preservado seu valor real.

A desapropriação é instituto de direito público, porém, o seu efeito principal, ou seja, a perda da propriedade, é de direito civil.¹⁶⁵

¹⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: RT, 1991. p. 496.

¹⁶⁴ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 722.

¹⁶⁵ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. v. 14. p. 152.

Embora de caráter compulsório, a desapropriação de imóvel urbano é realizada mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Essa é a regra contida no § 3.º do art. 182 da Constituição Federal.

Há que se considerar, no entanto, que o § 4.º do mesmo art. 182 da Constituição Federal faculta ao Poder Público municipal efetuar desapropriações mediante o pagamento por meio de “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”, quando houver previsão legal específica e o proprietário de determinadas áreas incluídas no plano diretor não edificar o solo urbano, subutilizá-lo ou não utilizá-lo.

O caráter prévio da indenização, conforme a lição de Meirelles:¹⁶⁶

significa que o expropriante deverá pagar ou depositar o preço antes de entrar na posse do imóvel. Este mandamento constitucional vem sendo frustrado pelo retardamento da Justiça no julgamento definitivo das desapropriações, mantendo o expropriado despojado do bem e do seu valor por anos e anos, até transitar em julgado a condenação.

Situação semelhante ocorre com o aspecto justo da indenização pois, conforme o mesmo Meirelles,¹⁶⁷ seria conveniente que a administração acertasse:

amigavelmente com o expropriado o *quantum* da justa indenização, mas, se houver divergência entre a oferta do Poder Público e a pretensão do particular, a controvérsia se resolverá em juízo, mediante avaliação por perito técnico de escolha do juiz, conforme dispõe o art. 14 do Decreto-lei 3.365/1941, com as modificações subseqüentes.

Além dos dispositivos legais apontados, os critérios relativos à desapropriação, sejam para urbanização ou reurbanização, estão elencados nos Decretos-lei n. 554/1969 e 1.075/1970. Também estabelecem normas disciplinadoras da desapropriação, as Leis n. 4.132/1962, 4.505/1964, 6.602/1978 e 6.766/1979.

¹⁶⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 9. ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Adilson Abreu Dallari e Daniela Libório Di Sarno, com a colaboração de Joaquim da Rocha Medeiros Júnior e Paulo Grandiski. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 196.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 197.

É o mesmo Decreto-lei n. 3.365/1941 que estabelece, em seu art. 2.º, que mediante declaração de utilidade pública,¹⁶⁸ todos os bens podem ser desapropriados pela União, pelos Estados, pelos Municípios e pelo Distrito Federal.

O interesse social, que, ao lado da utilidade pública e da justa e prévia indenização é apontado pela doutrina como balizador da desapropriação, vem regulamentado no art. 1.º da Lei n. 4.132, de 10 de setembro de 1962 e atualizações posteriores.

Destacamos, segundo o mister deste estudo, as seguintes hipóteses que, nos termos dispostos no art. 2.º da referida Lei n. 4.132/1962, justificam a desapropriação por interesse social. São elas: a) 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 ou possa suprir por seu destino econômico; b) a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário,

¹⁶⁸ O art. 5.º do Decreto-lei n. 3.365/1941 estabelece que “Consideram-se casos de utilidade pública:

- a) a segurança nacional;
- b) a defesa do Estado;
- c) o socorro público em caso de calamidade;
- d) a salubridade pública;
- e) a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência;
- f) o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica;
- g) a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais;
- h) a exploração ou a conservação dos serviços públicos;
- i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais; (Redação dada pela Lei n. 9.785, de 1999)
- j) o funcionamento dos meios de transporte coletivo;
- k) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza;
- l) a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens móveis de valor histórico ou artístico;
- m) a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios;
- n) a criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves;
- o) a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária;
- p) os demais casos previstos por leis especiais.

§ 1.º - A construção ou ampliação de distritos industriais, de que trata a alínea *i* do *caput* deste artigo, inclui o loteamento das áreas necessárias à instalação de indústrias e atividades correlatas, bem como a revenda ou locação dos respectivos lotes a empresas previamente qualificadas. (Incluído pela Lei n. 6.602, de 1978).

§ 2.º - A efetivação da desapropriação para fins de criação ou ampliação de distritos industriais depende de aprovação, prévia e expressa, pelo Poder Público competente, do respectivo projeto de implantação". (Incluído pela Lei n. 6.602, de 1978).

tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias; e, c) a construção de casas populares.

Não se olvide, entretanto, que a legislação apontada está recepcionada pela norma do art. 182 da Constituição Federal de 1988, que prevê a desapropriação, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, como um dos instrumentos de que dispõe o Poder Público municipal para implantar políticas de “desenvolvimento urbano, com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”.

Nota-se, assim, que a legislação brasileira, no que concerne ao instituto da desapropriação, está em sintonia com aquilo que se convencionou denominar de Estados Liberais Modernos: ao mesmo tempo que reconhecem a propriedade privada, estabelecem que seu uso deve estar condicionado ao bem-estar social.

Seguindo este diapasão, o art. 170 da Constituição em vigor estabelece a imposição de normas e limites ao uso e gozo da propriedade particular, ao mesmo tempo que estabelece a intervenção do poder público para a satisfação dos interesses coletivos visando o interesse público.

Essa verdadeira proteção do Estado aos interesses da comunidade, como estabelecido em nossa Constituição em vigor, tem como fundamento a soberania interna do Estado no exercício de seu domínio sobre todos os bens existentes no território.

Referida soberania que também é observada e se impõe por meio da norma do inciso XXIV do art. 5.º de nossa lei maior pois, ao mesmo tempo que garante a propriedade, permite a desapropriação como forma de preservar o bem-estar social.

Tal preservação, como se viu anteriormente, já havia sido citada por Duguit ao preconizar que a propriedade privada há muito deixou de ser exclusivamente o direito subjetivo do proprietário, para transformar-se em função social do detentor da riqueza.

Assim, nos moldes em que foi colocada em nossa Constituição Federal, a opinião é de Hely Lopes Meirelles,¹⁶⁹ a desapropriação aparece como uma espécie de conciliação entre a propriedade privada e a função social da propriedade, eis que é comumente

§ 3.º - Ao imóvel desapropriado para implantação de parcelamento popular, destinado às classes de menor renda, não se dará outra utilização nem haverá retrocessão. (Incluído pela Lei n. 9.785, de 1999).

¹⁶⁹ MEIRELES, Hely Lopes. *Direito de construir. Direito de construir*.

utilizada quando se trata da construção de obras e serviços públicos, atrelados a planos de urbanização, preservação do meio ambiente e justiça social.

No dizer de Medauar:¹⁷⁰

sob o ângulo do direito privado, a desapropriação representa um modo de perda da propriedade. Sob o enfoque do direito público, configura um meio de aquisição de bem público ou um instrumento de realização de atividades de interesse público, inclusive no tocante à mais justa distribuição da propriedade.

2.3.3 O tombamento

2.3.3.1 Conceito

Segundo o *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, tombamento é o ato ou efeito de tombar, de fazer o tombo, ou o ato de se guardar alguma coisa no arquivo público. Esse último significado é o que mais se coaduna com o sentido jurídico.

A doutrina costuma lembrar que o termo tombamento é uma referência à Torre do Tombo, localizada em Lisboa, Portugal, que é o nome do arquivo central do Estado português, desde a Idade Média.

O tombamento, segundo ensina Bandeira de Mello:¹⁷¹

consiste em uma intervenção administrativa na propriedade, destinada a proteger o patrimônio histórico e artístico nacional e pela qual os poderes inerentes ao seu titular ficam parcialmente elididos, uma vez que poderá usar e gozar do bem, mas não alterá-lo, para não desfigurar o valor que se quer nele resguardar, além de ficar constituído no dever de mantê-lo em boa conservação.

O tombamento é, ao lado da desapropriação, uma forma de manifestação do poder de império do Estado sobre os bens particulares. Entretanto, diferentemente do que ocorre na desapropriação, no tombamento o Poder Público não retira a propriedade privada de seu titular, pelo contrário, a regra é que o proprietário mantém a posse e o domínio de seu imóvel, ficando, porém, sujeito à observância de alguns preceitos legislativos.

¹⁷⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 349.

¹⁷¹ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. p. 764.

2.3.3.2 Natureza jurídica

O tombamento é uma espécie de servidão administrativa¹⁷² pois, por intermédio dele, de acordo com Bandeira de Mello,¹⁷³ a administração obtém o uso de determinada propriedade privada sem retirá-la de seu proprietário, impondo a este um dever de fazer e de suportar uma atuação estatal.

À mesma idéia filia-se Meirelles¹⁷⁴ ao ensinar que, enquanto na desapropriação o proprietário é despojado do domínio, mediante a indenização da propriedade, na servidão administrativa a propriedade é onerada com um uso público, embora seja mantida com o titular.

Comunga da mesma opinião Di Pietro¹⁷⁵ ao afirmar que:

as servidões administrativas são direitos reais de natureza pública, porque, inerentes ao ‘poder de império’ do Estado, constituem prerrogativas que podem ser exercidas pela Administração Pública, independentemente da vontade do particular e sem prévio título do Poder Judiciário (*executio sine titulo*), constituindo limitação à propriedade privada e, portanto, exceção à intangibilidade dos direitos individuais, e a sua instituição depende sempre de lei.

2.3.3.3 O tombamento no Brasil

No Brasil, o tombamento foi instituído pelo Decreto-lei n. 25, de 30 de novembro de 1937.¹⁷⁶ Referido diploma, depois de estabelecer, no *caput* de seu art. 1.º, que o

¹⁷² As servidões administrativas, também chamadas servidões públicas ou servidões de direito público, em muito se assemelham às suas congêneres do direito civil, porquanto constituindo ambas um ‘jus in re aliena’, vêm tanto umas como as outras, afetar a ‘plena in re potestas’. São sempre concebidas, portanto, como um poder jurídico sobre a coisa, donde o seu caráter essencialmente real. No entanto, por outro lado, no que se refere ao fim e ao sujeito, afastam-se as duas instituições paralelas. De fato, enquanto as servidões de caráter privado esgotam-se numa relação jurídica entre particulares, visando interesse privado de um deles pelo gravame, a seu favor, do domínio do outro, as servidões do serviço público só encontram sua justificativa na necessidade de caráter eminentemente coletivo que move o estabelecimento de tal ônus restritivo sobre a propriedade particular.” SILVEIRA JÚNIOR, Evaristo. *RDA*, n. 62, p. 348, apud MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Teoria e prática da desapropriação*. São Paulo: Saraiva, 1999.

¹⁷³ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. p. 764.

¹⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. p. 522.

¹⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Servidão administrativa*. São Paulo: RT, 1978. p. 56.

¹⁷⁶ Referido Decreto-lei foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 que, em seus artigos 215 e 216 assim estatui:

patrimônio histórico e artístico nacional é constituído pelo “conjunto dos bens móveis e imóveis¹⁷⁷ existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico”, instituiu, no § 1.º, que:

“art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º - A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

§ 3º - A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

- I - defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;
- II - produção, promoção e difusão de bens culturais;
- III - formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;
- IV - democratização do acesso aos bens de cultura;
- V - valorização da diversidade étnica e regional.

art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

- I - as formas de expressão;
- II - os modos de criar, fazer e viver;
- III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
- IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
- V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. (grifamos)

§ 2º - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

§ 3º - A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

§ 4º - Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

§ 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

§ 6º - É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de:

- I - despesas com pessoal e encargos sociais;
- II - serviço da dívida;
- III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.”

¹⁷⁷ Para os efeitos deste estudo, nos limitaremos à análise do tombamento relacionado aos bens imóveis.

Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico ou artístico nacional,¹⁷⁸ depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro livros do Tombo, de que trata o art. 4.º desta lei.¹⁷⁹

Referido Decreto-lei estabelece, ainda, no § 2.º do mesmo art. 1.º, que equiparam-se aos bens referidos e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens, que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana.

Poderão ser objeto de tombamento tanto os bens imóveis pertencentes à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, quanto os bens pertencentes às pessoas naturais e às pessoas jurídicas de direito privado. A diferença básica, nesses casos, é que o tombamento dos bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público mencionadas será efetuado por meio de ofício do diretor do instituto responsável pelo tombamento¹⁸⁰ no âmbito de sua competência, enquanto o tombamento de bens particulares será realizado de modo voluntário, ou seja, por solicitação do proprietário do bem, ou compulsoriamente, por intermédio de ofício do diretor do instituto competente para realizar o tombamento, quando o proprietário se recusar a anuir com o tombamento.

Em todos os casos apontados, o bem objeto de tombamento deverá se revestir das características estabelecidas no art. 1.º do citado Decreto-lei n. 25, ou seja, estar vinculado

¹⁷⁸ O Instituto de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) foi criado pela Lei nº 378, de 13 de janeiro de 1937.

¹⁷⁹ O art. 4º do Decreto-Lei nº 25 estabelece que “O Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional possuirá quatro Livros do Tombo, nos quais serão inscritas as obras a que se refere o art. 1º desta lei, a saber:

- 1) no Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, as coisas pertencentes às categorias de arte arqueológica, etnográfica, ameríndia e popular, e bem assim as mencionadas no § 2º do citado art. 1º.
- 2) no Livro do Tombo Histórico, as coisas de interesse histórico e as obras de arte histórica;
- 3) no Livro do Tombo das Belas Artes, as coisas de arte erudita, nacional ou estrangeira;
- 4) no Livro do Tombo das Artes Aplicadas, as obras que se incluírem na categoria das artes aplicadas, nacionais ou estrangeiras.

§ 1º Cada um dos Livros do Tombo poderá ter vários volumes.

§ 2º Os bens, que se incluem nas categorias enumeradas nas alíneas 1, 2, 3 e 4 do presente artigo, serão definidos e especificados no regulamento que for expedido para execução da presente lei”.

¹⁸⁰ O tombamento pode ser realizado pela União, por meio do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), pelos governos estaduais e pelos governos municipais, por intermédio dos institutos criados para tal finalidade. A título de exemplo, no Estado de São Paulo o instituto responsável pelo tombamento é o Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Artístico e Arquitetônico (CONDEPHAAT); no Estado do Rio de Janeiro temos o Instituto Estadual do Patrimônio Cultural (INEPAC), que é assessorado pelo Conselho Estadual de Tombamento (CET). No município de São Paulo

a fatos memoráveis da História do Brasil ou possuir excepcional valor arqueológico, etnográfico, bibliográfico ou artístico.

Vale destacar, ainda, que, por força do que dispõe o art. 9.º do Decreto-lei n. 25, tratando-se de tombamento compulsório será concedido o prazo de 15 (quinze) dias, contados do recebimento da notificação, para que o proprietário do bem apresente impugnação. Terminado esse prazo, sem impugnação, o bem será inscrito no Livro do Tombo respectivo, ou, existindo impugnação, esta será apreciada e julgada pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), no prazo de 60 (sessenta) dias.

Se o tombamento recair sobre bens imóveis pertencentes à União, aos Estados ou aos Municípios, e que, por natureza, são inalienáveis, só poderá haver a transferência desses bens de uma à outra das referidas entidades, por força do estatuído no art. 11 do referido Decreto-lei n. 25. E, segundo a regra contida no parágrafo único do mesmo artigo, feita a transferência, dela deve o adquirente dar imediato conhecimento ao respectivo instituto responsável pelo tombamento.

Recaindo o tombamento sobre bens imóveis particulares, ficará o bem sujeito ao registro no Cartório de Registro de Imóveis competente, por força do disposto no art. 13 do Decreto-lei n. 25/1937. Importa esclarecer, nesse particular, que a obrigatoriedade do registro do tombamento ocorre em virtude da natureza do instituto que, conforme exposto, é uma espécie de servidão administrativa. Portanto, tratando-se de servidão, o tombamento está sujeito ao registro no Cartório de Registro de Imóveis, porque assim estabelecem o art. 13 do Decreto-lei n. 25/1937 e o art. 167, inc. I, item 6, da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

Cumprido ressaltar, ainda, que qualquer transferência de imóvel tombado, inclusive as transferências judiciais e as advindas de *causa mortis*, deve ser levada a registro no Cartório de Registro de Imóveis competente.

Vê-se, portanto, confirmando a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, transcrita anteriormente, que o tombamento, embora não retire a propriedade do seu titular, representa uma significativa restrição ao direito de propriedade, principalmente no tocante à disposição do imóvel.

existe o CONPRESP (Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental da Cidade de São Paulo), criado pela Lei n. 10.032/1985.

Antes de proceder à alienação do imóvel tombado, o proprietário deve, sob pena de nulidade e multa, notificar a União, o Estado e o Município, nesta ordem, para que no prazo de 30 (trinta) dias possam exercer o direito de preferência estatuído pelo art. 22 do Decreto-lei n. 25/1937.

Efetuada o tombamento de um determinado imóvel, a área localizada em sua vizinhança, dentro dos limites estabelecidos pelo poder competente, também sofrerá restrições.¹⁸¹ Referida restrição se justifica em face da necessidade de impedir a obstrução ou a redução da visibilidade do imóvel tombado. Assim, os proprietários das áreas vizinhas só podem construir mediante prévia autorização do poder público responsável pelo tombamento.

O tombamento também representa restrição ao uso do imóvel, uma vez que o proprietário de imóvel tombado fica impedido de destruí-lo, demoli-lo ou mutilá-lo, sem prévia autorização do instituto do patrimônio histórico competente.

A proibição legal apontada, por óbvio, não impede que o proprietário do imóvel tombado realize as obras necessárias à sua conservação, obras essas que ficam a seu cargo. Entretanto, por força do disposto no art. 19 do Decreto-lei n. 25, caso o proprietário do imóvel tombado não disponha de recursos para proceder às obras de conservação e reparo requeridas, levará ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional se o tombamento for da lavra da União ou ao respectivo órgão estadual ou municipal competente a necessidade das mencionadas obras.

Referida comunicação do proprietário do imóvel tombado ao serviço do patrimônio histórico competente não é uma faculdade, mas uma obrigação, já que o proprietário fica sujeito ao pagamento de multa correspondente ao dobro da importância em que for avaliado o dano sofrido pelo imóvel, caso não efetue a notificação.

Ainda, segundo estatui o § 1.º do referido art. 19, o serviço do patrimônio competente tem o prazo de 6 (seis) meses para iniciar as obras de reparo e conservação, sob pena de, se não realizá-las, ser facultado ao proprietário requerer o cancelamento do tombamento.

¹⁸¹ Observa-se, a título de exemplo, que, no Estado de São Paulo, o art. 137, do Decreto n. 13.426/1979 estabelece que “nenhuma obra poderá ser executada na área compreendendo um raio de 300 (trezentos) metros, em torno de qualquer edificação ou sítio tombado, sem que o respectivo projeto seja previamente aprovado pelo Conselho, para evitar prejuízo à visibilidade ou destaque do referido sítio ou edificação”.

Havendo urgência na realização de obras de conservação ou reparação no imóvel tombado, poderá o serviço do patrimônio histórico competente tomar a iniciativa de projetá-las e executá-las às suas expensas, independentemente da comunicação do proprietário aludida no parágrafo anterior.

Conclui-se, assim, que o tombamento, segundo os contornos que lhe foram dados pelo legislador pátrio, é uma limitação ao direito de propriedade privada, pois, conforme se demonstrou, embora o Estado não retire a propriedade de seu titular, impõe a ele o ônus de suportar uma interferência pública, ou seja, de suportar um uso público.

2.3.4 A requisição

A requisição, conforme ensina Wald,¹⁸² é, ao lado da desapropriação, uma restrição drástica e de caráter especialíssimo ao direito de propriedade.

A requisição está autorizada pelo art. 5.º, inc. XXV da Constituição Federal, pelo Decreto-lei n. 4.812/1942, pelo Decreto-lei n. 5.275/1943, pelo Decreto-lei n. 6.045/1943 e pelo art. 1.228, § 3.º do Código Civil de 2002.

É, segundo Wald,¹⁸³ uma utilização provisória, pelo Estado, da propriedade particular. Sua característica nuclear, de acordo com Medauar¹⁸⁴ “encontra-se no *iminente perigo público* que a justifica, ou seja, uma situação de risco imediato à integridade e segurança de pessoas e de bens, uma situação de urgência. Exemplos: casos de incêndio, inundação, epidemia, sonegação de gêneros de primeira necessidade”.

Observa-se, portanto, que apesar da propriedade manter seu caráter de direito absoluto, o direito subjetivo do proprietário de usar e abusar da coisa a ele atribuída de modo exclusivo foi sendo restringido, em benefício do bem-estar social. É, portanto, esse bem-estar social que impele o Poder Público a estabelecer as restrições apontadas.

¹⁸² WALD, Arnaldo. *Direito das coisas*. p. 128.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 127.

¹⁸⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. p. 347.

3

A CIDADE

3.1 ASPECTOS GERAIS E HISTÓRICOS RELACIONADOS COM A FORMAÇÃO DAS CIDADES E SEU DESENVOLVIMENTO

Nos primeiros capítulos deste trabalho procurou-se traçar uma linha mostrando a formação e o desenvolvimento da propriedade entre os povos da Antigüidade, especialmente os da Europa.

E, com base na lição de Fustel de Coulanges,¹⁸⁵ procurou-se demonstrar que a propriedade privada tem sua origem em estreita conexão com a religião e com a família: os deuses domésticos (lares)¹⁸⁶ tomam posse de uma parte da terra, que passa a ser sua propriedade. A família, por dever e por religião (o culto aos antepassados) ficará agrupada ao redor desse altar, fixando-se, portanto, no solo que será sua propriedade.

Considerando-se, portanto, que cada lar representa uma divindade distinta, não havia qualquer possibilidade de se estabelecer a união entre dois ou mais lares. Isso porque, visando dar maior proteção aos deuses (“o lar deve estar isolado, isto é, totalmente separado de tudo que não lhe pertença”),¹⁸⁷ as famílias passavam a estabelecer uma espécie de cobertura em torno do lar, mantendo-o afastado e protegido dos demais.

Essa impossibilidade de estabelecer a união entre dois lares resultava, como consequência óbvia, em um entrave à formação e ao desenvolvimento das cidades, pelo menos no formato que se observa atualmente. Portanto, a saída, tanto na Grécia quanto em Roma, foi a construção de cidades onde

as moradias se aproximavam, mas, no entanto, não estão contíguas, isto é, não são próximas, adjacentes. A cobertura sagrada ainda existe, mas em menores proporções, muitas vezes reduzida a um pequeno muro, a um fosso, sulco, ou a uma simples faixa de terra de alguns pés de largura. Em todo caso, as casas não deviam tocar-se; a contiguidade é coisa considerada ainda impossível. A mesma

¹⁸⁵ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*.

¹⁸⁶ Segundo Fustel de Coulanges: “o lar: este altar é o símbolo da vida sedentária; o próprio nome indica isso. Deve estar assentado no solo; uma vez ali colocado nunca mais deve mudar de lugar.” COUL. *Ibid.*, p. 45.

¹⁸⁷ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. p. 46.

parede não pode ser comum a duas casas, porque então desapareceria o recinto sagrado dos deuses domésticos. Em Roma, a lei fixa em dois pés e meio a largura do espaço livre que separaria para sempre duas casas, e este espaço está consagrado ao “deus da cerca”.¹⁸⁸

Assim, considerando-se que “um pé” corresponde a 0,3048m, dois pés e meio equivalem a 0,762m, ou seja, o espaço livre entre duas casas, exigido pelo legislador romano, era menor que um metro.

Veja-se, a título de comparação, que, embora a motivação atual não tenha o cunho religioso emprestado pelos romanos, as legislações continuam exigindo um espaçamento mínimo entre as construções.

O art. 1.301 de nosso Código Civil estabelece um espaçamento mínimo de um metro e meio em relação ao terreno vizinho para a abertura de janela ou para a construção de eirado, terraço ou varanda.

O Código Civil italiano em seu art. 873 estabelece que a construções em terrenos contíguos, quando não forem unidas ou geminadas devem manter uma distância mínima de três metros.¹⁸⁹

Antonio Geraldo Diana,¹⁹⁰ comentando o referido art. 873 do Código Civil italiano, informa que a Corte de Cassação italiana tem decidido que a razão da norma contida no art. 873 deve ser revigorada não apenas pela necessidade de evitar interferência entre construções com distâncias inferiores à legal, mas também pela necessidade de atender a exigência crescente de manutenção da ordem urbanística e ambiental.

O entendimento da Corte italiana, que serviu de fundamento para a interpretação exarada é o seguinte: “Lo scopo originariamente perseguito in maniera precipua dalle norme sulle distanze legali – evitare la creazione di intercapedini di dimensioni tanto ridote, da poter pregiudicare la salute, la sicurezza e la riservatezza del vicino – nell’evoluzione della legislazione è stato affiancato da ulteriori e più ampie finalità, non

¹⁸⁸ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. p. 47.

¹⁸⁹ É a seguinte a redação do artigo citado: “art. 873. Distanze nelle costruzioni - Le costruzioni su fondi finitimi, se non sono unite o aderenti, devono essere tenute a distanza non minore di tre metri. Nei regolamenti locali può essere stabilita una distanza maggiore”.

¹⁹⁰ DIANA, Antonio Gerardo. *La proprietà immobiliare urbana*. t. 1. Milano: Giuffrè Editore, 2005. 2 v. p. 439.

meno importanti, quali l'ordinato assetto urbanistico del territorio e la tutela dell'ambiente (cf. Cass. 25 giugno 1994 n. 6111, 24 giugno 1996 n. 5831, 9 dicembre 1996 n. 10935)".¹⁹¹

As cidades européias cresceram, algumas se desenvolveram e houve uma acentuada multiplicação das cidades, especialmente no longo período da denominada *Pax Romana*, que se inicia em 29 a.C., com a declaração de Júlio César sobre o fim das guerras civis, e se estende até o final do século II d.C., com a morte de Marco Aurélio. Referido período é marcado, segundo informam os historiadores, por uma relativa segurança da população romana, que esteve protegida das invasões bárbaras, além de representar um grande progresso dos povos dominados.

Segundo Mumford,¹⁹² durante o período da *Pax Romana*

construíram-se cidades novas sem muralhas e as antigas deixaram ruir suas fortificações. Todavia, quando os bárbaros começaram a se infiltrar pelas obras de defesa ultra-ampliadas – mesmo no tempo de Horácio, os exércitos imperiais eram vergonhosamente molestados –, tornou-se desesperadora a necessidade da existência de muralhas locais. Então, cidades tão próximas de Roma como Óstia foram encorajadas a construir muralhas para sua defesa, embora, para fazer isso, fosse necessário derrubar seus templos, a fim de ter um suprimento suficiente de pedra cortada para atender prontamente a emergência.

Referidas muralhas, entretanto, não foram suficientes para deter as invasões bárbaras que acabaram por saquear e destruir as cidades do Império, invasões essas que tiveram seu ápice no ataque desferido pelos Visigodos sobre Roma em 410.

Após a queda de Roma, as demais cidades européias e as do norte da África continuaram a sofrer uma série de invasões que tornaram a vida cruel e caótica, eis que, em conseqüência, advieram a fome e as inevitáveis doenças, que reduziram a população como um todo.

As cidades somente voltam a crescer e se organizar a partir do século VI, porém, agora, sob a proteção dos chefes bárbaros e intra-muros. Segundo Mumford¹⁹³ a “pura e simples necessidade levou ao redescobrimiento daquela antiga salvaguarda urbana, a

¹⁹¹ DIANA, Antonio Gerardo. *La proprietà immobiliare urbana*. p. 439.

¹⁹² MUMFORD, Lewis. *A cidade na história*. p. 265.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 274.

muralha. Contra os ataques súbitos, uma muralha de guarda durante todas as horas, era mais útil que qualquer quantidade de coragem militar.”

Assim, em virtude da segurança proporcionada pela muralha, a vida nas cidades tornou-se muito mais vantajosa do que a vida no campo, que permanecia sujeito a ataques, sem qualquer proteção.

Segundo informa Le Goff:¹⁹⁴

no primeiro milênio da Idade Média foi que a cidade medieval se instalou ao lado do núcleo antigo (...) as grandes cidades medievais sucederam em geral as pequenas cidades da Antigüidade ou da Alta Idade Média. Veneza, Florença, Gênova, Pisa e mesmo Milão (mediocre até o século 4º, suplantada por Pavia entre os séculos 7º-11), Paris, Bruges, Gand, Londres, sem falar de Hamburgo e Lübeck, foram criações medievais.

A esse respeito Mumford¹⁹⁵ destaca a seguinte seqüência:

primeiro a medrosa zona rural, com sua produção local e sua troca principalmente local. Somente as abadias e as propriedades reais trocavam seu vinho, seus cereais, seu óleo, em grandes distâncias. O comércio que entrava numa cidade, vindo de certa distância, era irregular e não merecia confiança. Mas, tão, logo uma cidade era cercada por uma muralha, apareciam outros atributos normais da vida urbana: o recipiente restabelecido tornava-se também um imã. O prolongamento da muralha, do castelo ou abadia à aldeia vizinha, muitas vezes, marcava o começo físico de uma cidade, embora os plenos privilégios legais de uma ativa corporação municipal só pudessem ser obtidos à custa de difíceis transações com o bispo ou o proprietário feudal que possuía a terra.

O mesmo Mumford,¹⁹⁶ discordando de outros historiadores europeus, especialmente de Henry Pirenne, informa que foi essa “revivescência da cidade protegida que ajudou a reabrir as rodas de comércio regionais e internacionais e conduziu à circulação transeuropéia dos bens excedentes, particularmente aqueles artigos de luxo que podiam ser vendidos com altos lucros aos príncipes e magnatas”.

¹⁹⁴ LE GOFF, Jacques. *A civilização do ocidente medieval*. Bauru, SP: EDUSC, 2005. p. 69.

¹⁹⁵ MUMFORD, Lewis. *A cidade na história*. p. 275.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 280.

Para Pirenne,¹⁹⁷ no entanto, ocorreu exatamente o oposto eis que, segundo afirma,

a situação geográfica junto à presença de uma cidade ou de um burgo fortificado surge como condição essencial e a necessidade de uma instituição de mercadores. Nada menos artificial que a formação de um estabelecimento deste gênero. As necessidades primordiais da vida comercial, a facilidade de comunicações e a necessidade de segurança justificam-na de maneira mais natural. Numa época mais avançada, quando a técnica tiver permitido ao homem vencer a natureza e impor-lhe a sua presença, a despeito dos obstáculos do clima e do solo, será possível, sem dúvida, construir cidades em toda parte onde o espírito de iniciativa e o desejo de lucro procurarem um lugar. Mas será totalmente diferente numa época em que a sociedade não adquirira ainda o suficiente vigor para se libertar da ambiência física. Forçada a adaptar-se, era subordinando-se-lhe que fazia o seu *habitat*. A formação das cidades da Idade Média é quase um fenômeno tão nitidamente determinado pelo meio geográfico e pelo meio social como o curso dos rios é determinado pelo relevo das montanhas e a direção dos vales.

Para Le Goff:¹⁹⁸

Henri Pirenne mostrou de forma magnífica que a cidade medieval nasceu e se desenvolveu a partir de sua função econômica. Mas sem dúvida exagerou o papel desempenhado pelos mercadores, minimizou o papel dos artesãos, deu grande relevo ao renascimento comercial em detrimento do desenvolvimento agrícola que lhe deu sustentação ao alimentar os centros urbanos com víveres e homens.

Seja qual for a causa do desenvolvimento, é inegável, entretanto, que o ressurgimento das cidades européias segue uma espécie de padrão, ou seja, o rei concedia benefícios, geralmente um pedaço de terra, àqueles que lhe prestavam favores.

Embora com significativas diferenças em sua constituição, — uma vez que, em virtude da reconquista, não houve vassalagem em Portugal, — tanto na França, quanto na Península Ibérica, ocorreu fenômeno semelhante: o rei doava terras aos nobres ou aos servos em troca de favores.

Fenômeno parecido, conforme se analisará adiante, ocorreu com a ocupação do Brasil quando o rei D. João III se viu obrigado a outorgar inúmeras vantagens àqueles que

¹⁹⁷ PIRENNE, Henri. *As cidades da idade média*. 3. ed. [s.l.]: Publicações Europa-América, [s.d.]. p. 109.

¹⁹⁸ LE GOFF, Jacques. *A civilização do ocidente medieval*. Bauru, SP: EDUSC, 2005. p. 69.

se dispusessem a colonizar o Brasil. A esses eram concedidos “poderes soberanos, de que o rei abria mão, em benefício de seus súditos que se dispusessem a arriscar cabedais e esforços na empresa”.¹⁹⁹ Mesmo assim, no caso brasileiro, foram apenas doze súditos que se dispuseram à empreitada.

No caso europeu, ao contrário, centenas de pessoas, em busca de proteção, acorrem aos feudos e às cidades (várias cidades, muitas vezes, se confundiam com o próprio feudo eis que possuíam a extensão territorial deste). As cidades desse período, tal qual os feudos, possuíam autonomia política e econômica. Referida autonomia econômica é derivada, especialmente, da produção artesanal, que é controlada pelas corporações de ofício.

O limite dessas cidades era a muralha. Referida muralha, construída em madeira ou em alvenaria, era removida e construída mais adiante, todas as vezes que se tornava necessária a expansão dos limites territoriais da cidade em virtude do crescimento demográfico.²⁰⁰

A estrutura econômica, baseada nas corporações, irá condicionar a formatação das cidades medievais. Conforme Rolnik²⁰¹

o aprendiz vivia com seu mestre que, por sua vez, tinha sua oficina como extensão ou parte de sua própria casa. O desenho das ruas e praças de um burgo – assim poderia ser chamada uma cidade medieval – não obedecia a qualquer traçado preestabelecido. Não havia portanto uma prévia demarcação de lotes ou desenho de uma rua. **Sendo comunal, a terra urbana era simplesmente ocupada pelos moradores, à medida que ali iam se instalando.**²⁰² (grifo nosso)

¹⁹⁹ PRADO JR., Caio. *História econômica do Brasil*.

²⁰⁰ Mumford relata que “quando os subúrbios se propagavam, a muralha os circulava. Foi essa a prática corrente nas cidades em expansão até o século XVI, quando o novo sistema de fortificações, que passou a ser necessário por causa do preciso fogo de artilharia, tornou impossíveis aquelas formas simples de ampliação de cidades. Mesmo, porém, no caso das maiores, nenhuma cidade medieval usualmente se expandia por mais de 800 metros a partir do centro; isto é, cada instituição necessária, cada amigo, parente, parceiro, era na realidade um vizinho próximo, dentro de uma distância que se podia facilmente cobrir a pé”. MUMFORD, Lewis. *A cidade na história*. p. 340.

²⁰¹ ROLNIK, Raquel. *O que é cidade*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 2004. p. 32.

²⁰² Vale, novamente, citar Mumford informando que “existe, na verdade, uma razão válida para julgar as plantas medievais como, em geral, mais informais que regulares. Isso ocorria porque mais freqüentemente se utilizavam sítios rochosos ásperos, pois apresentavam vantagens decisivas para a defesa, até que se tornou possível o fogo dos canhões, no século XVI. Como as ruas não eram adaptadas ao tráfego sobre rodas e não era necessário cuidar nem de encanamentos de água nem de condutos de esgoto, era mais econômico seguir os contornos da natureza do que tentar traçar uma grade sobre eles”. MUMFORD, Lewis. *A cidade na história*. p. 328-9.

Esse modelo urbano só começa a mudar a partir do século XV, com a formação dos Estados Nacionais e com a adoção do novo modelo econômico, o Mercantilismo. Ainda segundo Rolnik²⁰³ “ao crescerem as cidades e se intensificar o comércio, o sistema feudal, já enfraquecido pelas pestes²⁰⁴ e pela inelasticidade da oferta de terras, entra em crise.

Em resposta à crise do modelo medieval, as cidades européias experimentaram um novo modelo de cidade, “com ruas retas, uma linha ininterrupta horizontal de tetos, o arco redondo e a repetição de elementos uniformes, cornijas, lintéis, janelas e colunas, na fachada”.²⁰⁵ Instaura-se, assim, uma nova ordem: o barroco.

Se, no sistema medieval, a cidade crescia horizontalmente,

na ordem barroca, as cidades, confinadas por suas fortificações, só podiam crescer para cima, em altas moradias coletivas, depois de recobrir seus quintais: foi a fortificação que continuou a se expandir, mais ainda porque os engenheiros militares tinham descoberto, após uma pequena experiência, que o fogo de canhão com projéteis não-explosivos pode ser melhor aparado, não por meio de pedras ou tijolos, mas por uma substância maleável, como a terra: assim, os revelins tinham mais importância que os tradicionais baluarte, bastião e fosso.²⁰⁶

A partir do século XIX, no auge da Revolução Industrial e com o desenvolvimento do comércio, muitas das cidades ganharam a dimensão de metrópoles e, muitas vezes, de megalópoles. As muralhas foram derrubadas e substituídas por outra espécie de barreira: a lei. Esta, embora não seja física, é, por vezes, tão ou mais eficiente que os muros de madeira ou de pedra que circundavam as cidades medievais e barrocas. A lei, agora, mais do que impedir a entrada e a saída da cidade, estabelece quem pode e quem não pode ocupar seus espaços, quais espaços podem ser ocupados e os que devem ser desocupados.

A cidade moderna possui, no mais das vezes, gabaritos que regulam a ocupação e o uso de seus espaços, não só os horizontais, mas também os verticais, estes envolvendo o espaço aéreo e o subsolo.

²⁰³ ROLNIK, Raquel. *O que é cidade*. p. 34.

²⁰⁴ A História marca que, no século XIV, a peste negra dizimou mais de um terço da população européia.

²⁰⁵ MUMFORD, Lewis. *A cidade na história*. p. 379.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 392.

3.2 A FORMAÇÃO DAS CIDADES BRASILEIRAS: ASPECTOS GERAIS

A origem das cidades brasileiras se confunde, de certo modo, com a própria história da propriedade imobiliária. Conforme analisamos anteriormente, a história da propriedade imobiliária, no Brasil, tem suas origens no regime de capitâneas hereditárias, instituído pelo rei D. João III, em uma tentativa de povoar e explorar economicamente o território recém descoberto.

Foi, portanto, com esse espírito de povoar o território, que os primeiros capitães-mor aqui se instalaram, fundando as primeiras vilas, que, depois, foram elevadas à categoria de cidades. À exceção de São Paulo, Curitiba e Sacramento, situadas no interior, as demais cidades brasileiras, fundadas nos séculos XVI e XVII,²⁰⁷ como são exemplos, Belém, Campos, Cananéia, Desterro, Fortaleza, Filipéia, Igaracu, Laguna, Natal, Olinda, Paranaguá, Parati, Porto Seguro, Recife, Rio de Janeiro, Salvador, Santa Cruz, Santos, São Cristóvão, São Francisco do Sul, São Jorge de Ilhéus, São Luís, São Vicente e Vitória estão localizadas no litoral. Entre 1711 e 1727 “foram transformadas em vilas – pois já eram povoados ou ‘arraiais’ – Ribeirão de Nossa Senhora do Carmo (Mariana), Vila Rica (Ouro Preto) e Sabará, e Minas Gerais; Vila Boa, em Goiás; e Cuiabá, em Mato Grosso”.²⁰⁸ A Região Sul permaneceu praticamente despovoada até o início do século XVIII.

Foi, entretanto, nos séculos XIX e XX, especialmente neste último, que foram criados a maioria dos 5.560 municípios hoje existentes no país. À guisa de exemplo, nota-se que, em 1980 o Brasil registrava em total de 3.991 municípios, hoje, são 5.560, representando um acréscimo de 28,22% somente nas duas últimas décadas.

É de notar-se, ainda, como característica importante, que as cidades brasileiras, embora surjam no século XVI, mantém uma peculiar característica feudal. Segundo a lição de Rolnik,²⁰⁹ embora a relação senhor/escravo existente no Brasil- colônia fosse bastante distinta da relação senhor/servo vigente na economia feudal, sob o ponto de vista arquitetônico é muito semelhante o quadro das cidades e vilas coloniais brasileiras e das vilas medievais. Essas semelhanças, continua a autora,

residem sobretudo no caráter comunal do espaço urbano; isto é, espaços polivalentes do ponto de vista funcional e misturados do ponto de vista social.

²⁰⁷ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José C. M. *Formação econômica do Brasil*. p. 145.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 160.

²⁰⁹ ROLNIK, Raquel. *O que é cidade*. p. 44-5.

Como no burgo medieval, na cidade colonial não existem regiões/trabalho e regiões/moradia, praças de riqueza, praças da miséria.²¹⁰

É esclarecedora, nesse sentido, a lição de Mumford²¹¹ quando, referindo-se à cidade medieval, relata que “o que se encontra na maior parte das cidades é um bairro ou núcleo central, rodeado por uma série de anéis irregulares, que têm o efeito de circundar e proteger o núcleo quando, por caminhos tortuosos se chega mais perto dele”.

Tais características são as encontradas, ainda hoje, em grande parte das cidades brasileiras, que foram fundadas nos séculos XVI e XVII. Um breve passeio pelas ruas centrais de cidades como Salvador, São Vicente, Rio de Janeiro, São Paulo, Recife e Olinda, entre outras, nos remete às características acima apontadas.

No mesmo sentido é a posição de Wehling²¹² ao mencionar que, no Brasil,

tanto as vilas como as cidades do século XVI surgiram de atos públicos, muito mais do que da vontade social. A legislação portuguesa exigia uma cerimônia solene de fundação, com a implantação do pelourinho e da câmara e a limitação do termo municipal e do rocio, local comum de pastagem e recolhimento de lenha. Além disso, **as cidades deviam ficar cercadas por muros, como ocorria na Idade Média.** (grifo nosso)

Se, oficialmente, nossas cidades deveriam surgir de atos públicos, não foi exatamente o que ocorreu na prática, eis que, conforme reconhece a doutrina, muitas de nossas cidades, especialmente as do interior, surgiram em virtude da função econômica, da mesma forma que ocorreu com algumas cidades medievais européias. Da mera condição de povoados, originados em função da parada regular de tropeiros e de trocas de mercadorias, transformaram-se em vilas e, posteriormente, em cidades.

É interessante notar que essas características medievais não estavam presentes nas cidades da América espanhola. Estas, conforme a lição de Wehling,²¹³ “eram cuidadosamente traçadas e delimitadas, as vilas e cidades brasileiras, já no século XVI, apresentavam uma espontaneidade anárquica”.

²¹⁰ ROLNIK, Raquel. *O que é cidade*.

²¹¹ MUMFORD, Lewis. *A cidade na história*. p. 330.

²¹² WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José C.M. *Formação econômica do Brasil*. p. 81.

²¹³ *Ibid.*, p. 81.

No mesmo sentido é a opinião de Holanda²¹⁴ quando informa que

a fantasia com que nossas cidades, comparadas às da América espanhola, se dispunham muitas vezes as ruas ou habitações é, sem dúvida, um reflexo de tais circunstâncias. Na própria Bahia, o maior centro urbano da colônia, um viajante do princípio do século XVII notava que as casas se achavam dispostas segundo o capricho dos moradores. Tudo ali era irregular, de modo que a praça principal, onde se erguia o Palácio dos Vice-Reis, parecia estar só por acaso no seu lugar. Ainda no primeiro século da colonização, em São Vicente e Santos, ficavam as casas em tal desalinho, que o primeiro governador-geral do Brasil se queixava de não poder murar as duas vilas, pois isso acarretaria grandes trabalhos e muito dano aos moradores.

Novamente com Wehling²¹⁵ vale lembrar que, no século XVIII, na maior parte das cidades brasileiras,

a rua não preexistia às construções, mas era uma consequência delas, constituindo um elo entre os prédios. Quase sempre estreitas, muitas vezes sem pavimentação sem calçadas, as ruas acompanhavam as construções e com elas terminavam, não existindo arruamento sem prédios laterais – exceto nas estradas. A pequena extensão dos núcleos urbanos coloniais, confinados em alguns quarteirões, fazia com que não existissem jardins públicos ou casas ajardinadas: as habitações eram tipicamente urbanas ou tipicamente rurais. Foi preciso esperar a segunda metade do século XVIII para que o Rio de Janeiro, capital da Colônia, tivesse um jardim público; e só no século XIX surgiram casas urbanas em terrenos ajardinados.

Segundo Nireu Cavalcanti:²¹⁶

na entrada do século XIX a cidade do Rio de Janeiro apresenta uma economia forte, diversificada e em expansão, além de um rico patrimônio imobiliário constituído de 7.047 prédios situados em seu perímetro urbano e mais 221 em construção, o que a tornava um excelente campo para o mercado imobiliário. A vinda da Corte e sua instalação na cidade, transformando-a em sede da monarquia portuguesa, redundou em expressivas mudanças não só políticas e culturais, mas também econômicas, com reflexos importantes sobre aquele tipo

²¹⁴ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 109.

²¹⁵ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José C. M. *Formação econômica do Brasil*. p. 260.

²¹⁶ CAVALCANTI, Nireu. *O Rio de Janeiro setecentista: a vida e a construção da cidade da invasão francesa até a chegada da corte*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004. p. 276.

específico de mercado. Como já visto, somente 39% dos proprietários possuíam mais de um imóvel. No interior dessa faixa se desenvolveria um maior interesse pelo mercado imobiliário, sobretudo para os possuidores de mais de cinco propriedades, ou seja, para a faixa correspondente a 7,6% de donos de prédios, terrenos ou chácaras. Eram estes – pessoas ou instituições – os únicos que tinham realmente condições de perceber a cidade como uma mercadoria e, como tal, passível de negociação ou exploração comercial rentável. Consistia em investimento mais atraente, que não comportava as taxações sobre o lucro que dele provinha, nem a mesma probabilidade de calote, mais amiúde praticado pelos que tomavam dinheiro emprestado. O mercado imobiliário assentava-se em quatro vetores: o da compra, venda e troca de imóveis; o da construção (que movimentava os setores de mão-de-obra, transporte, projetos e obrigações legais junto ao Senado da Câmara e aos fornecedores de materiais, ferramentas etc.); o locatício de prédios; e, finalmente, o vetor de arrendamento ou aforamento, sobretudo de terrenos.

Veja-se, à guisa de comparação, que, de acordo com o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, realizado em 2000,²¹⁷ a cidade do Rio de Janeiro possuía 4.766.636 habitantes, com 1.802.347 domicílios particulares permanentes.

O mesmo fenômeno irá ocorrer, no final do século XIX, na cidade de São Paulo, na Avenida Paulista e em bairros como Campos Elíseos e Higienópolis.

Foi, portanto, nesse cenário que o Código Civil de 1916 foi promulgado. Assim, parece razoável supor que o legislador de 1916 não tinha, como de fato não teve, a preocupação com o estabelecimento de regras que, por exemplo, disciplinassem as aquisições de imóveis para pagamento a prazo ou sobre o direito de superfície, como ocorreu com o legislador de 1937 e posteriormente com o legislador do Código Civil de 2002.

3.3 A MIGRAÇÃO RURAL-URBANA OCORRIDA NO BRASIL, NO SÉCULO XX

As transformações econômicas apontadas foram o pano de fundo para que o país experimentasse, a partir do segundo quartel do século XX, uma expressiva valorização das cidades em detrimento do campo.

²¹⁷ ibge.gov.br.

Uma das conseqüências dessa valorização foi o êxodo rural-urbano ocorrido no Brasil a partir desse período.

Note-se, a respeito, os dados fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE,²¹⁸ dando conta de que, em 1940, a população total do Brasil era de 41.236.315 habitantes. Desses, 28.356.133 habitantes constituíam a população rural e 12.888.182 habitantes constituíam a população urbana, o que, em termos percentuais indicava que 68,8% da população brasileira residia no campo.

Segundo Wilhelm:²¹⁹

o exemplo da cidade de S. Paulo é significativo: entre 1940 e 1950 constrói-se, nessa cidade, uma edificação a cada vinte minutos! A cidade que começara o século com 240.000 habitantes, alcança 2.198.000 em 1950; a periferia cresce com a indústria automobilística; a região capta imigrantes (60% dos seus incrementos populacionais) tornando-se o maior centro ‘empregador’ do país. É igualmente em função da industrialização que surge a conurbação de Belo Horizonte.

Em virtude do êxodo rural-urbano citado, referido percentual, que começa a sofrer uma gradativa inversão a partir da década de 1950, atinge seu ápice nas décadas de 1970 e 1980, até que, em 1996, a situação se apresenta absolutamente inversa. Naquele ano, segundo apontam os dados do IBGE, 78,4% da população brasileira é considerada urbana, contra 21,6% que é considerada rural.

Em 2000, ano do último censo realizado pelo IBGE, referido percentual apresentou nova alteração: agora, 81,2% da população total do país é considerada urbana, contra 18,8% que é considerada rural.

Referida polarização trouxe, por certo, uma série de conseqüências sociais que exigiram alterações no plano legislativo, especialmente no campo da propriedade urbana, como a seguir se analisará.

²¹⁸ Veja a tabela constante do Anexo 7.

²¹⁹ WILHEIM, Jorge. *Urbanismo no subdesenvolvimento*. Rio de Janeiro: Saga, 1969. p. 341.

3.4 AS REGIÕES METROPOLITANAS

Entre as conseqüências trazidas pelo exôdo rural-urbano mencionado está a formação de grandes conglomerados urbanos que deram origem às regiões metropolitanas de que, a seguir, nos ocuparemos.

As regiões metropolitanas foram instituídas pela Constituição de 1967. Referido diploma, ao tratar da ordem econômica, estabelecia, em seu art. 157, que:

art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

(.....)

VI - (...)

§ 10 - A União, mediante lei complementar, **poderá estabelecer regiões metropolitanas**, constituídas por Municípios que, independentemente de sua vinculação administrativa, integrem a mesma comunidade sócio-econômica, visando à realização de serviços de interesse comum.” (grifo nosso)

Entretanto, o simples fato de duas ou mais cidades integrarem uma mesma comunidade socioeconômica, conforme estabelecido na regra transcrita, é condição necessária, mas não suficiente, para que se institua uma região metropolitana. É preciso que, além de pertencerem a uma mesma comunidade socioeconômica, exista, entre as referidas cidades, uma conurbação, ou seja, a junção de suas áreas urbanas, dando origem a uma extensa área urbana.

Portanto, quando, na prática, ocorre uma conurbação, é de se notar uma verdadeira confusão entre os limites territoriais das cidades vizinhas, graças ao crescimento horizontal de uma delas, ou de todas. É o que acontece, por exemplo, com as cidades que formam a Região Metropolitana de São Paulo, onde, muitas vezes, a linha divisória das cidades vizinhas é uma pequena rua.

Apesar de autorizadas pelo legislador constitucional de 1967, somente em 1973 é que surgiram as primeiras regiões metropolitanas. Com a promulgação da Lei Complementar n. 14, de 08.06.1973, foram criadas as regiões metropolitanas de São Paulo, Belém, Fortaleza, Belo Horizonte, Porto Alegre, Curitiba, Recife e Salvador.²²⁰

²²⁰ Fonte: IBGE, Diretoria de Geociência, Coordenação de Geografia.

Atualmente, são 27 (vinte e sete) regiões metropolitanas, sendo 2 (duas) na Região Norte: Belém/PA e Macapá/AP; 7 (sete) na Região Nordeste: Grande São Luís/MA, Fortaleza/CE, Natal/RN, Recife/PE, Maceió/AL, Salvador/BA e João Pessoa/PB; 7 (sete) na Região Sudeste: Belo Horizonte/MG, Vale do Aço/MG, Grande Vitória/ES, Rio de Janeiro/RJ, São Paulo/SP, Baixada Santista/SP e Campinas/SP; 10 (dez) na Região Sul: Curitiba/PR, Londrina/PR, Maringá/PR, Florianópolis/SC, Vale do Itajaí/SC, Norte/Nordeste Catarinense/SC, Foz do Rio Itajaí/SC, Carbonífera/SC, Tubarão/SC e Porto Alegre/RS e 01 (uma) na Região Centro-Oeste: Goiânia.²²¹

Além das regiões metropolitanas acima apontadas foram instituídas 3 (três) Regiões Integradas de Desenvolvimento – RIDE.²²² São elas: Região Integrada de Desenvolvimento do Distrito Federal e Entorno/DF, Região Integrada de Desenvolvimento da Grande Teresina/PI e Região Administrativa Integrada de Desenvolvimento do Pólo Petrolina/PE e Juazeiro/BA.

As 27 (vinte e sete) Regiões Metropolitanas e as 3 (três) Regiões Integradas de Desenvolvimento apontadas abrangem um total de 465 (quatrocentos e sessenta e cinco) municípios. Desses, 422 (quatrocentos e vinte e dois) integram as regiões metropolitanas e 43 (quarenta e três) integram as regiões integradas de desenvolvimento.

É importante salientar, para efeito deste estudo, que as regiões metropolitanas e as regiões integradas de desenvolvimento apontadas possuem elevada densidade demográfica, além de concentrarem mais da metade da população brasileira. Apenas a título de exemplo, já que foge do mister deste trabalho, as regiões metropolitanas de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Salvador, Recife, Curitiba e Porto Alegre concentram, aproximadamente, 46.000.000 de habitantes, quando a população total do país, estimada pelo IBGE no mês de dezembro de 2006, é de pouco mais de 187.000.000 de habitantes.

3.5 O PLANO DIRETOR

O § 2.º, do art. 182 de nossa Magna Carta de 1988 estabelece que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressa no plano diretor, que, segundo o disposto no § 1.º, do mesmo artigo, é o

²²¹ Fonte: IBGE, Diretoria de Geociência, Coordenação de Geografia.

²²² As Regiões Integradas de Desenvolvimento – RIDE são instituídas por lei e compõem-se de regiões metropolitanas que se situam em dois ou mais Estados.

instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana e obrigatório para cidades com mais de 20.000 habitantes.

Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

§ 1.º O plano diretor é parte integrante do processo de planejamento municipal, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporar as diretrizes e as prioridades nele contidas.

§ 2.º O plano diretor deverá englobar o território do Município como um todo.

§ 3.º A lei que instituir o plano diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos.

§ 4.º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos;

III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.

§ 5.º (VETADO)

Art. 41. O plano diretor é obrigatório para cidades:

I – com mais de vinte mil habitantes;

II – integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas;

III – onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4.º do art. 182 da Constituição Federal;

IV – integrantes de áreas de especial interesse turístico;

V – inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

O art. 39 da Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, denominada Estatuto da Cidade, repete a regra constitucional acima transcrita, estabelecendo que

a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2.º²²³ desta Lei.

²²³ O art. 2.º da citada lei estabelece que:

“A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

Cabe, aqui, uma observação que, embora de ordem teórica, nos parece de fundamental importância ser notada.

É cediço, na doutrina, o entendimento de que o plano diretor, como instrumento de política urbana, não é novidade do legislador constitucional de 1988, eis que, em alguns

- I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;
- II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;
- III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social;
- IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;
- V – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais;
- VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:
 - a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;
 - b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;
 - c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana;
 - d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente;
 - e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização;
 - f) a deterioração das áreas urbanizadas;
 - g) a poluição e a degradação ambiental;
- VII – integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência;
- VIII – adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência;
- IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;
- X – adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais;
- XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos;
- XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;
- XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;
- XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;
- XV – simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais;
- XVI – isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social?.

municípios brasileiros foram feitas tentativas nesse sentido. Todavia, referidos planos diretores eram, conforme ensina Dallari²²⁴ “uma verdadeira panacéia, abrangendo todos os aspectos da Administração Municipal, indo, quanto ao conteúdo, muito além da ordenação física do espaço urbano, mas com escassa repercussão jurídica no tocante ao direito de propriedade”.

Ainda, segundo esse mesmo autor, “após o advento da Constituição Federal de 1988 essa concepção do plano diretor mudou radicalmente, diminuindo em abrangência (quanto aos assuntos ou setores que devem constar de seu conteúdo) mas ganhando enorme significado jurídico, trazendo substancial alteração ao conceito de propriedade imobiliária urbana”.²²⁵

Cabe, aqui, lembrar a lição de Veiga,²²⁶ dando conta que, “de um total de 5.507 sedes de municípios existentes em 2000, havia 1.176 com menos de 2.000 habitantes, 3.887 com menos de 10.000, e 4.642 com menos de 20.000”. Portanto, do total de municípios existentes no Brasil no ano de 2000, apenas 865 municípios estariam na condição prevista no § 1.º do citado art. 182 da Carta Magna de 1988, ou seja, com mais de 20.000 habitantes e, como consequência disso, seriam obrigados a elaborar e aprovar um plano diretor.

Ocorre, entretanto, que a Lei n. 10.257, que, em cumprimento às disposições do art. 182 da Constituição Federal de 1988, estabelece as diretrizes gerais da política de desenvolvimento urbano, denominada Estatuto da Cidade, só foi publicada em 10 de julho de 2001. Em vista disso, somente a partir desta data é que começaram a ser elaborados os planos diretores das cidades com mais de 20.000 habitantes.²²⁷

Referida lei, denominada Estatuto da Cidade, que, segundo preceitua o seu art. 2.º, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, estabelece, conforme o disposto no parágrafo único de seu art. 1.º, “normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em

²²⁴ DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Org.). *Estatuto da cidade* (comentários à lei federal 10.257/2001). São Paulo: Malheiros, 2002. p. 78.

²²⁵ Ibid.

²²⁶ VEIGA, José Eli da. *Cidades imaginárias: o Brasil é menos urbano do que se calcula*. p. 32.

²²⁷ Veja-se, a título de exemplo, que o plano diretor da cidade de São Paulo, Lei n. 13.430, somente foi aprovado em setembro de 2002.

prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental”.

Isso nos leva a concluir que, se a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor, conforme estabelece o § 2.º, do art. 182 da Constituição Federal vigente, existem, pelo menos sessenta (60) municípios brasileiros onde a propriedade urbana não cumpre sua função social. Segundo dados do Ministério das Cidades,²²⁸ até o mês de novembro de 2006, portanto, após o término do prazo estipulado pelo art. 50 da Lei n. 10.257/2001, sessenta municípios que, segundo a regra do art. 41 da mesma Lei 10.257/2001 estavam obrigados a elaborar plano diretor, ainda não haviam iniciado sua elaboração. Além desses, segundo revelam os mesmos dados, quatrocentos e noventa e três (493) municípios, entre os obrigados a elaborar plano diretor, ainda estavam com seus planos em fase de elaboração nos respectivos executivos.

Ora, num total de mil seiscentos e oitenta e dois (1682) municípios, que, segundo os dados do Ministério das Cidades, estão obrigados a elaborar plano diretor, quinhentos e cinquenta e três (553), ou seja, um terço do total ainda estão por cumprir a obrigação que lhes foi imposta pela Constituição Federal e/ou pelo Estatuto da Cidade, o que no leva a concluir pelo total descaso do poder público para com as cidades e pela propriedade urbana que, segundo o princípio constitucional apontado, cumpre sua função social quando atende as exigências expressas no plano diretor.

E, *de lege ferenda*, entendemos que, se a grande maioria dos municípios brasileiros (3.990 municípios), representando 71,8% do total de 5.560 municípios hoje existentes no país, situa-se na faixa igual ou inferior a 20.000 habitantes; se a propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressa no plano diretor e, se o plano diretor deve, entre outros princípios, propiciar a “garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para a presente e as futuras gerações; bem como o planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a

²²⁸ Veja o Anexo 9 a este trabalho.

evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente”, como está a exigir o art. 2.º da Lei n. 10.257/2001 acima transcrito, não vemos razão para que se exclua a obrigatoriedade de Plano Diretor para todos os municípios brasileiros, não só como garantia de desenvolvimento sustentável das cidades, mas também e, principalmente, porque, em cumprimento do preceito constitucional, dar-se-á a oportunidade para que, nesses municípios, a propriedade urbana possa cumprir a sua função social.

4

NOVAS TENDÊNCIAS**4.1 AS INOVAÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE INTRODUZIDAS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

O êxodo rural-urbano, a rápida formação das regiões metropolitanas e a desordenada ocupação do solo urbano verificados no Brasil a partir da segunda metade do século XX, deram origem a problemas sociais de tal ordem, que exigiram significativas alterações no ordenamento jurídico vigente, visando adequá-lo à nova realidade social emergente.

Tais alterações em nosso sistema legislativo, a bem da verdade, tiveram início na década de 1930, primeiro, com a Constituição de 1934 e posteriormente, em 1938, com a publicação do Decreto-lei n. 58 e do Decreto-lei n. 311. Assistimos, nas décadas seguintes, a promulgação de diversas leis, entre as quais podemos citar a Lei n. 649/1949, a Lei n. 4.380/1964, o Decreto-lei n. 271/1967, a Lei n. 6.014/1973, entre outras, que tiveram o mister de regulamentar o sistema de propriedade vigente no país, em especial a propriedade urbana, uma vez que o cenário econômico e social que norteou a promulgação do Código Civil de 1916 e das Constituições de 1934, 1938 e de 1950, de cunho predominantemente rural, era, a partir de então, urbano.

Note-se, por oportuno, que a Constituição Federal de 1988 não trouxe, efetivamente, nenhuma alteração no sistema de propriedade vigente no país. Referida Carta reafirmou, como fizeram as Constituições anteriores, a propriedade como direito e garantia fundamental. Reafirmou, também, o princípio da função social da propriedade, já consagrado nas Cartas que a antecederam.

Deve-se notar, entretanto, que por ser nossa primeira Carta promulgada dentro de um cenário essencialmente urbano, pelo menos sob a ótica das estatísticas oficiais, nossa atual constituição trouxe, como novidade, a inserção de um Capítulo dedicado exclusivamente à política urbana (capítulo II), dentro do Título dedicado à Ordem Econômica e Financeira (Título VII).

Desse modo, coube ao legislador constitucional de 1988 a primazia de implantar, no sistema jurídico pátrio, uma série de mecanismos tendentes a implantar a execução de uma política urbana visando harmonizar o desenvolvimento urbano e o bem-estar social. Nesse sentido, pode-se afirmar que a Constituição Federal de 1988 foi um marco na história legislativa do país.

Entre os mecanismos trazidos pela Constituição de 1988, podemos citar a exigência de plano diretor, de cuja análise nos ocupamos anteriormente, obrigatório para cidades com mais de 20.000 habitantes (art. 182, § 1.º); a usucapião especial urbana (art. 183), que também já foi analisada; o parcelamento ou edificação compulsórios e o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo, mencionados, respectivamente, nos incs. I e II do § 4.º do art. 182.

Estabelece o § 4.º do art. 182 da Constituição Federal que

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: I – parcelamento ou edificação compulsórios; II – imposto sobre a propriedade predial territorial urbana progressivo no tempo (...).

A doutrina tem entendido que a subutilização estipulada no dispositivo constitucional apontado somente é possível de ser caracterizada em relação ao plano diretor, tendo em vista que a Constituição Federal outorgou ao legislador municipal o direito de estabelecer, no citado plano, o aproveitamento desejado para determinados imóveis.

Sendo assim, em consonância com a regra do § 2.º do citado art. 182, caso os imóveis definidos no plano diretor não atinjam o aproveitamento que lhe forem exigidos em tal diploma, estarão descumprindo a função social que deles se exige, ficando, portanto, sujeitos à sanção por parte da Administração.²²⁹

²²⁹ SAULE JÚNIOR, Nelson; ROLNIK, Raquel. *Estatuto da cidade: novas perspectivas para a reforma urbana*. São Paulo: Pólis, 2001.

Referida sanção é a desapropriação prevista no § 4.º, inc. III do art. 182 da Lei Magna. Trata-se de desapropriação cujo pagamento será efetuado por títulos da dívida pública. Os títulos da dívida pública para pagá-la, segundo a lição de Bandeira de Mello:²³⁰

devem ter sua emissão previamente aprovada pelo Senado Federal e o prazo de resgate para o expropriado será de até 10 anos, assegurados o valor real da indenização e os juros legais”. Percebe-se, continua o mesmo autor, que será muito difícil que ocorra a hipótese ensejadora dessa desapropriação, pois não é de crer que o proprietário, alertado pelas medidas prévias que têm de antecedê-la, ainda assim se mantenha inerte. De resto, tal desapropriação paga com títulos só é permitida depois de cinco anos da infrutífera aplicação da tributação progressiva (art. 8.º do ‘Estatuto da Cidade). (grifo nosso)

O IPTU progressivo no tempo, de acordo com a opinião de Márcia Alvarenga de Oliveira Sobrane:²³¹

consiste em mais um instrumento urbanístico à disposição do Poder Público municipal para continuar a obrigar os proprietários de imóveis urbanos a utilizar socialmente esses imóveis, de acordo com o disciplinado no Plano Diretor do Município, quando não cumprido o prazo estabelecido para o parcelamento, a edificação e a utilização compulsória.

Segundo a referida autora, não cumprindo o proprietário a obrigação de parcelar ou edificar que lhe for imposta pelo Poder Público, nos termos do Plano Diretor, a ele será aplicada sanção consistente na:

majoração da alíquota pelo prazo de 5 anos consecutivos, não excedendo duas vezes o valor referente ao ano anterior, podendo alcançar a alíquota máxima de quinze por cento. Mais uma vez não cumprida a obrigação em 5 anos, poderá o Município manter a cobrança pela alíquota máxima, sendo-lhe garantido a prerrogativa de desapropriar o imóvel para fins de reforma urbana.²³²

É, conforme prescreve Amadei:²³³

tributo real e sanção de segundo grau ao não cumprimento da função social da propriedade urbana (não edificada, subutilizada ou não utilizada à vista das

²³⁰ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. p. 723.

²³¹ GARCIA, Maria (Coord.). *A cidade e seu estatuto*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 219

²³² *Ibid.*, p. 220.

²³³ AMADEI, Vicente de Abreu. *Urbanismo realista*. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006. p. 49.

exigências do Plano Diretor), imposto pelo Município, que se opera pela majoração da alíquota”. É, pois, prossegue o mesmo autor, “instrumento urbanístico-tributário, que não se confunde com a técnica de progressividade pelo aumento da base de cálculo do imposto (art. 156, § 1º, I da Constituição Federal), de fim fiscal; aqui, note-se, a técnica da progressividade é o aumento da alíquota (i.é, do percentual aplicado à base de cálculo).

Tratam-se, portanto, de mecanismos com o nítido objetivo de fazer com que a propriedade urbana cumpra a sua função social, ou, dito de outro modo, de fazer com que a propriedade urbana satisfaça o bem-estar social almejado.

4.2 AS INOVAÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE INTRODUZIDAS PELA LEI N. 10.257/2001 – ESTATUTO DA CIDADE

Retomemos aqui, porque nos parece oportuno, o seguinte pensamento de Mumford:²³⁴

o limite que originalmente definiu a cidade física foi a muralha. Todavia, enquanto uma simples paliçada de madeira ou um muro de alvenaria bastou à defesa militar, a muralha não constitui obstáculo real à expansão da cidade. Tecnicamente, era coisa simples derrubar a muralha e estender seus limites, para proporcionar espaço interior; e as ruas circulares de muitas cidades medievais testemunham, como os anéis anuais das árvores, os períodos sucessivos de crescimento, assinalados por ampliações da muralha.

Modernamente, pode-se dizer que é a lei que, desempenhando o papel, guardadas as proporções, que era reservado à muralha, organiza e protege o espaço interior da cidade, ao mesmo tempo que, testemunhando seus sucessivos períodos de crescimento, procura ampliar suas normas, com o objetivo de ordenar o seu desenvolvimento e garantir a proteção e o bem-estar de seus habitantes.

É, portanto, com esse mister, que a Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, denominada Estatuto da Cidade, é introduzida em nosso sistema jurídico.

Referido diploma, regulamentando os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana, com o objetivo de, segundo o disposto no

²³⁴ MUMFORD, Lewis. *A cidade na história*. p. 339.

art. 2.º,²³⁵ da lei sub examine, “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana”.

²³⁵ Art. 2.º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

- I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;
- II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;
- III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social;
- IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;
- V – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais;
- VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:
 - a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;
 - b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;
 - c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana;
 - d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente;
 - e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização;
 - f) a deterioração das áreas urbanizadas;
 - g) a poluição e a degradação ambiental;
- VII – integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento sócio-econômico do Município e do território sob sua área de influência;
- VIII – adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência.
- IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;
- X – adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais;
- XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos;
- XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;
- XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;
- XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;
- XV – simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais;
- XVI – isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social.

E, com a finalidade de implementar tais objetivos, referido diploma estabelece alguns mecanismos que aparecem pela primeira vez em nosso sistema jurídico. Entre esses mecanismos merecem destaque por parte da doutrina: a usucapião coletiva e o direito de superfície.

Alguns autores destacam, também, como novidades introduzidas pelo Estatuto da Cidade, o parcelamento ou a edificação compulsórios, o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo e a usucapião especial urbana. Deve-se notar, entretanto, que tais instrumentos não foram introduzidos em nosso sistema jurídico pelo Estatuto em tela: os dois primeiros, conforme se observou no item anterior deste trabalho, constam no parágrafo 4.º do art. 182, o terceiro, no art. 183, ambos da Constituição Federal de 1988.

Sobre a usucapião urbana, que já foi objeto de análise neste estudo, reconhece a doutrina que o legislador do Estatuto da Cidade “inovou”, pode-se assim afirmar, ao estender a possibilidade da usucapião à edificação. O art. 9.º deste diploma, praticamente repetindo o texto do art. 183²³⁶ da Constituição Federal, estabelece que:

Art. 9º. Aquele que possuir como sua área **ou edificação** urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 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. (grifo nosso)

²³⁶ O art. 183 da Constituição Federal estabelece que: “Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 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 - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.”

Também houve inovação do legislador infra-constitucional, ao reconhecer legitimidade ativa, para efeitos da usucapião urbana, ao herdeiro legítimo que residia no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

Quanto à usucapião coletiva e ao direito de superfície houve, efetivamente, inovação do Legislador do Estatuto da Cidade.

Sobre a usucapião coletiva já discorremos anteriormente. Da superfície, que constitui uma das grandes novidades trazidas pelo Estatuto da Cidade, nos ocuparemos em seguida, ao tratarmos sobre as inovações do Código Civil de 2002, tendo em vista que aquele diploma também inovou com relação ao instituto, ao elevá-lo à categoria dos direitos reais.

4.3 AS INOVAÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE INTRODUZIDAS PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O art. 1.225 do Código Civil de 2002 trouxe duas importantes modificações ao elenco dos direitos reais estipulado no Código Civil de 1916. O novo Código deixou de considerar, no referido elenco, a enfiteuse e as rendas expressamente constituídas sobre imóveis, ambas mencionadas no art. 674 do Código Civil de 1916, para, na esteira do Estatuto da Cidade, introduzir, no fechado elenco dos direitos reais, a superfície e o direito do promitente comprador do imóvel.

Passaremos, em seguida, ao estudo dos dois novos direitos reais apontados, já que ambos são de singular importância para a conformação e formação de nossas cidades.

4.3.1 A superfície

O direito de superfície é, na visão de Pereira,²³⁷ um desses institutos que os sistemas jurídicos modernos retiram das cinzas do passado, quando não encontram fórmulas novas para disciplinar as relações jurídicas impostas pelas necessidades econômicas ou sociais.

Tal qual ocorre hoje, com nosso sistema jurídico, que somente recepcionou o instituto nas últimas décadas do século XX, o direito romano, por força da fórmula: *omne quod solo inaedificatur, vel implantatur, solo cedit*,²³⁸ desconheceu, por longo tempo, o

²³⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais*. p. 243.

²³⁸ tudo aquilo que se edifica, ou planta, adere ao solo.

instituto. É cediço, entre os autores que estudaram o tema, que o direito de superfície, tal qual os interditos possessórios, é criação pretoriana.

Instituída originariamente como relação de direito público, já que se origina da *locatio*, entrou, mais tarde, para o campo do direito privado, como *ius in re aliena*, tendo o caráter de servidão.

Conforme Benasse,²³⁹ tendo:

surgido primeiramente no direito público, por ocasião das concessões para edificar sobre o solo do Estado e das cidades conferidas aos particulares, e ampliado depois também aos terrenos privados, o instituto da superfície representou uma atenuação introduzida pelo Pretor ao princípio absoluto e rigoroso da acessão imobiliária, segundo o qual tudo quanto se construísse ou se pusesse no solo alheio caía necessariamente sob o domínio do proprietário do solo. Aquele princípio que impede a concessão de uma propriedade dividida em planos horizontais e que nem mesmo pelo instituto da superfície ficou suspenso, porque se da concessão nascia um direito real e ao *superficiário* se concedia uma defesa análoga à *rei vindicatio*, permanecia firme o princípio de que a propriedade do edifício só podia pertencer ao proprietário do solo.

O direito de superfície se caracteriza, portanto, em um primeiro momento, como o direito de plantar ou construir em terreno alheio, sem que o superficiário perca o direito sobre a obra ou sobre a plantação.

Ainda, segundo Benasse:²⁴⁰

para os romanos, o direito de superfície era o direito destacado da propriedade como um todo, separando-se subsolo da superfície, sendo que, então, o acessório seria parte integrante da superfície, que pertenceria ao superficiário, e o subsolo permanecia propriedade do concedente, por prazo determinado ou indeterminado, transmissível a herdeiros ou terceiros, destacadamente hipotecável, concedida a título gratuito ou oneroso, este mediante pagamento em uma única parcela ou mensalmente, denominado *canon ou solarium*.

Vê-se, portanto, ainda com Benasse, que a superfície tem a *accessio* como causa. Começa como *ius in re aliena*, ou seja, como o gozo de um não-proprietário sobre edifício

²³⁹ BENASSE, Paulo Roberto. *Direito de superfície e o novo código civil*. Campinas: Bookseller, 2002. p. 71.

²⁴⁰ *Ibid.*

que não era seu, para, posteriormente, firmar-se como um direito de propriedade sobre um edifício ou sobre uma plantação, separada da propriedade do solo.

Em Roma, portanto, o direito de superfície tinha caráter de servidão – *ius in re aliena*, representado pelo direito de edificar ou plantar em terreno alheio, sem perder direitos sobre a obra.

Na Idade Média, entretanto, situação que perdurou até o século XVIII, aproximadamente, o instituto perde importância eis que, nesse período, prevalece a enfiteuse (contrato perpétuo). É dessa época a criação dos denominados servos da terra, que, para boa parte da doutrina, é classificada como uma prática ultrapassada e, por vezes, odiável.

Na verdade, conforme se estudou acima, durante a Idade Média prevaleceram as tendências e os censos, ou seja, formas de desmembramento da propriedade plena do senhor feudal.

A superfície também foi recepcionada pelo Direito Canônico. Neste, há a previsão de que se conceda ao superficiário o direito de construir, para moradia, ou de plantar nas terras da Igreja, por um período que variava entre 19 a 29 anos. Exclui-se, entretanto, desse direito, como seria óbvio supor, a possibilidade de alienação.

Permanecia, entretanto, no dizer de Benasse,²⁴¹ como direito real, consistente na propriedade paralela, destacada da propriedade do solo.

Conforme Cruz e Tucci²⁴² no direito canônico o direito de superfície era conhecido e “dotado de peculiaridades marcantes, possivelmente para resguardar a propriedade eclesiástica, não se admitia a alienação do bem edificado pelo superficiário”.

A superfície não foi recepcionada pelo Código Civil francês, conforme ensina Venosa,²⁴³ eis que, na França desse período, o direito de superfície era visto como a manutenção da propriedade feudal, tão odiada pelos franceses da época.

O direito de superfície foi retomado pelas legislações do século XX, especialmente as do pós-guerra. Tal fenômeno se justifica, principalmente nos países da Europa

²⁴¹ BENASSE, Paulo Roberto. *Direito de superfície e o novo código civil*. Campinas: Bookseller, 2002. p. 15.

²⁴² CRUZ E TUCCI, José Rogério. A superfície no novo código civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. p. 101.

²⁴³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. p. 425.

Ocidental, em virtude da finalidade social que sustenta: a destruição ocorrida nos países da Europa provocou a necessidade imediata de construir, sem a correspondente obrigação de adquirir ou vender os terrenos, eis que a escassez monetária era uma realidade no período.

Segundo a lição de Pereira²⁴⁴ o instituto também encontrou, no direito moderno, sucedâneo na locação, na divisão da propriedade e na servidão. Foi introduzido na legislação portuguesa a partir de 1948. Hoje, abolida a enfiteuse, a superfície vem conceituada em Portugal, no art. 1.542, como a “faculdade de construir ou manter perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou nele fazer ou manter plantações”.²⁴⁵

Também o código civil italiano, de 1942, recepcionou o instituto em seus arts. 952 e seguintes.²⁴⁶

Discorrendo sobre o tema Cruz e Tucci²⁴⁷ informa que “após definir os limites do instituto, contrariando a orientação vigorante na experiência jurídica romana, ainda no art. 952, preceitua que o superficiário pode alienar a propriedade da construção existente, separadamente da propriedade do solo. Acata-se, então, a *duplicidade do domínio*”.

4.3.1.1 O direito de superfície

No dizer de Pereira²⁴⁸ o direito de superfície é direito real sobre coisa alheia e se apresenta como um desdobramento da propriedade e, em função disso, tal como reinstituído em nosso Código, é merecedor de críticas do mesmo autor pois “extensão do direito de plantar é de todo inconveniente como gerador de litígios e conflitos”, já que, no código civil italiano, a propriedade superficiária se assenta na construção de uma obra. Trata-se, portanto, de uma concessão, feita pelo proprietário a outrem, para que se utilize da sua propriedade, tanto para construir como para plantar.

Afirma Venosa,²⁴⁹ entretanto, que o Código Civil Português estabelece tanto a possibilidade de construir ou plantar, como de manter a construção ou plantação já existente, possibilidade esta não mencionada em nosso Código Civil de 2002. Lembra o

²⁴⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais*. p. 243.

²⁴⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. p. 425.

²⁴⁶ Art. 952. Costituzione del diritto di superficie. – Il proprietario può costituire il diritto di fare e mantenere al disopra del suolo una costruzione a favore di altri, che ne acquista la proprietà. Del pari può alienare la proprietà della costruzione già esistente, separatamente dalla proprietà del suolo.

²⁴⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. A superfície no novo código civil. *Revista síntese de direito civil e processual civil*, Porto Alegre, n. 22, p. 101, mar./abr. 2003.

²⁴⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais*. p. 243.

²⁴⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. p. 426.

autor, no entanto, que, embora não mencionada expressamente, esta última possibilidade vem implícita no novo Código, já que a questão social é a mesma. Cita, como exemplo, que a possibilidade de alguém se propor a terminar construção inacabada (chamado pela doutrina lusitana de sobrelevação), não está distante de nosso direito. Basta lembrar, à guisa de exemplo, a quantidade de construtoras que, nos últimos anos, faliram ou abandonaram construções, deixando os compradores ao completo desamparo.

O Código Civil italiano, por seu turno, prevê as duas possibilidades, conforme se denota das disposições do art. 952 supra transcrito.

O direito de superfície, tal qual definido no art. 21 do denominado Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2002) abrange tanto o solo, como o subsolo e o espaço aéreo relativo ao terreno. Vale salientar, por oportuno, que, embora o novo Código Civil tenha omitido o subsolo e o espaço aéreo desse direito, já existe, no Projeto n. 6960/2002 em trâmite perante o Congresso Nacional, previsão no sentido de amparar o subsolo e o espaço aéreo dentro do instituto em exame.

Tratando-se de direito real limitado sobre coisa alheia, exige-se, para a sua constituição, a forma pública, ou seja, escritura com registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Segundo Venosa,²⁵⁰ o contrato que dá origem ao direito de superfície gera efeitos pessoais entre as partes. A eficácia de direito real somente é obtida com o registro imobiliário.

Trata-se, como visto, de concessão temporária, portanto, de propriedade resolúvel pelo decurso de tempo, nos termos definidos no art. 1.359 do novo Código Civil.

Sua transmissão faz-se *inter vivos* ou por sucessão hereditária, limitando, porém, o direito do adquirente, ao tempo de duração do direito do superficiário transmitente, visto tratar-se de concessão temporária.

Conforme a lição de Venosa²⁵¹ o novo Código Civil, diferentemente do direito português, não faz menção expressa sobre a possibilidade de instituir a concessão por testamento, embora conceda ao testador o poder de impor ao legatário ou ao herdeiro a obrigação de constituir o direito de superfície em favor de alguém.

²⁵⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. p. 427.

²⁵¹ *Ibid.*, p. 427.

É, portanto, o direito onde o superficiário permanece, por tempo determinado, com a posse direta, cabendo ao proprietário a posse indireta, vedando-se a este a faculdade de turbar a posse daquele.

Em outras palavras, é o direito onde a propriedade do solo permanece com o proprietário, garantindo-se ao superficiário, por tempo determinado, ou indeterminado (este último de acordo com o previsto no Estatuto da Cidade), o direito de construir ou de plantar, mediante o pagamento de um cânon (*solarium*), quando a concessão for onerosa.

Denota-se, assim, outra característica do instituto, ou seja, a possibilidade de ser gratuita ou onerosa a sua instituição, vedada, entretanto, a sua instituição perpétua.

Os tributos incidentes sobre o imóvel ficam a cargo do superficiário, salvo disposição em contrário.

O inadimplemento, conforme a lição de Pereira²⁵² implica resolução do direito de superfície, uma vez constituído em mora o superficiário.

Trata-se, como visto, de instituto que traz um forte apelo social. Reaparecendo nas legislações da Europa do pós-guerra, com a finalidade específica de possibilitar a necessidade iminente de reconstrução, ganhou destaque em países como o Brasil, especialmente como uma forma eficaz de solucionar problemas de escassez de moradia das classes menos favorecidas, especialmente nas metrópoles, eis que possibilita ao investidor construir no terreno e pagar por meio de parte da construção.

Extingue-se o direito de superfície, antes do termo final, nos termos do disposto no art. 1.374 do novo Código Civil, se o destinatário der ao terreno destinação diversa daquela para a qual foi concedida.

É cediço o entendimento doutrinário de que, no caso de plantação, nada impede que o proprietário determine a qualidade da plantação. Portanto, a mudança dessa qualidade poderia dar ensejo à extinção do direito de superfície, uma vez que prevalece o princípio romano de que a planta ou a construção incorpora-se ao solo.

Para alguns autores, a relação do superficiário e o solo sobre o qual o edifício se assenta é a mesma que tem o proprietário do solo sobre este. O argumento contrário, entretanto, que nos parece mais acertado, é no sentido de que a superfície é uma

²⁵² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais*. p. 243.

propriedade limitada e resolúvel, destacada da propriedade do solo. Portanto, se puder ser removida, sem perecimento, torna-se bem móvel, nos termos do art. 81 do novo Código, enquanto a propriedade do solo fica restringida na sua condição de propriedade plena.

Deve-se salientar, por oportuno, que, por força do disposto nos arts. 79 a 81 do novo Código, é perfeitamente possível a propriedade imobiliária destacada do solo. Portanto, como diz Benasse²⁵³ é um direito de superfície diverso daquele previsto em Roma, pois não leva à servidão.

Também é oportuno observar que nosso sistema não prevê o caráter perpétuo da superfície, apenas o prazo indeterminado.

Assim, extinta a concessão, nos termos do art. 1.375, o proprietário passará a ter a propriedade plena sobre o terreno, construção ou plantação.

Além do decurso do prazo, são apontadas como causas de resolução do direito de superfície: a) a não conclusão, pelo superficiário, da construção ou a plantação no prazo concedido; b) a inviabilidade da construção ou da plantação; c) quando houver confusão entre as pessoas do proprietário e superficiário; d) o não-pagamento dos encargos, no caso de ser onerosa a concessão, e/ou dos impostos incidentes pelo superficiário, salvo disposição em contrário; e) em virtude de desapropriação (neste caso, cabe indenização proporcional ao superficiário, art. 1.376 do novo Código); e, f) por falta de pagamento das prestações periódicas (*solarium*), pelo superficiário, quando este for em prestações.

É importante notar, todavia, que este último aspecto é polêmico e controverso em nossa doutrina. Alguns entendem que a falta de pagamento não rescinde sobre a superfície, visto não tratar-se de *locatio conductio rei* (arrendamento), nem de enfiteuse. Para estes, aliás, uma das principais diferenças, se não a principal, entre a enfiteuse e a superfície é exatamente a comisso. Sendo assim, não haveria a possibilidade de se falar em extinção da superfície em virtude da falta de pagamento.

Para Venosa,²⁵⁴ a falta de pagamento implica possibilidade de se ajuizar ação de cobrança, com a extinção da concessão, por infração contratual.

²⁵³ BENASSE, Paulo Roberto. *Direito de superfície e o novo código civil*. p. 73.

²⁵⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. p. 429.

4.3.1.2 Natureza jurídica

Segundo ensina Pereira,²⁵⁵ se já existe construção: o direito de superfície tem a natureza de servidão a favor do edifício a construir; se a construção será feita, configura-se sob a forma de concessão.

Há, entretanto, aqueles que, como Benasse,²⁵⁶ discordam dessa diferenciação sob a alegação de que, mesmo que já exista a construção sobre o solo, esta pode ser destruída e reconstruída.

Para Fernandes²⁵⁷ é um direito potestativo dirigido à aquisição de um direito real de aquisição.

Mais difícil e complexa é a caracterização da natureza jurídica do direito de superfície quando se trata de plantação. No direito romano, era o direito destacado da propriedade (subsolo e superfície).

No Brasil, de acordo com Benasse²⁵⁸ é um direito tido como autônomo, imobiliário (por força do art. 80 do novo Código Civil), complexo, temporário e transmissível, podendo, entretanto, transformar-se em móvel se puder ser removido sem perecimento, por força do art. 81 do mesmo diploma. É, portanto, “mero direito real de uso da coisa imóvel por tempo determinado ou indeterminado, ou, ainda, mera cessão temporária de uso”.

Ainda, segundo este autor,²⁵⁹

o direito superficiário já era existente em nosso ordenamento jurídico, quer pela criação do Código de Minas 1934, que destacou a propriedade do solo da do subsolo, quer pelo que estipula o Decreto-Lei 271/67, nos seus arts. 7º e 8º, que, inclusive o é somente no sentido de concessão de uso, por algumas doutrinas, mas que entendemos ser mais amplo, constituindo verdadeiro direito superficiário, direito real resolúvel, a ser concedido por prazo determinado ou indeterminado e, por fim, os arts. 21 a 24 da Lei nº 10.257/01, referendando o caráter de concessão.

²⁵⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais*. p. 245.

²⁵⁶ BENASSE, Paulo Roberto. *Direito de superfície e o novo código civil*. p. 75.

²⁵⁷ FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Lições de direitos reais*. p. 402.

²⁵⁸ BENASSE, Paulo Roberto. *Direito de superfície e o novo código civil*. p. 75.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 77.

Da lição de Benasse,²⁶⁰ retiramos alguns exemplos, sob certo aspecto, curiosos, de situações passíveis de instituição do direito de superfície, a saber:

- a) são passíveis de instituição da superfície, os jardins, as hortas, os pomares, assim como os espaços para jogos e similares. Lembra o autor, que o Código Civil alemão prevê, em seu art. 1.013, que o superficiário tem o direito de construir, como acessório útil da construção superficiária;
- b) condutos, canalizações, ferrovias e estradas (concessão temporária). Cita, como exemplo, a privatização das estradas ocorrida recentemente no país, com prazo de 50 anos, cujo pagamento do preço das obras de manutenção é realizado por meio da cobrança de pedágios; e,
- c) monumentos funerários, jazigos, bancos de igreja (muito comum nos países europeus, especialmente Itália e Alemanha), assim como os bancos de teatros, as cadeiras cativas nos estádios, exemplos trazidos por Venosa,²⁶¹ também são passíveis do direito de superfície.

Outro exemplo citado por Benasse²⁶² de instituição de superfície sobre solo público (art. 1.377 do novo Código Civil e art. 7.º do Decreto-lei n. 271/1967 é a construção de shopping center aéreo sobre a Rodovia dos Bandeirantes, na cidade de Vinhedo, Estado de São Paulo.

Sendo direito real, o direito de superfície comporta, para a sua proteção, as ações: a) possessórias (manutenção e reintegração); b) petições (reivindicatórias, negatórias e confessórias (declaratórias); e, c) cautelares (nunciação de obra nova, busca e apreensão, interditos, embargos de terceiros etc.).

Há aqueles que, como Benasse²⁶³ entendem ser cabível também a ação de usucapião do concessionário contra o concedente, quando este não cobrar o solário pelo prazo de 20 anos. Sustenta, ainda este autor, que o direito de superfície pode ser adquirido por usucapião.

²⁶⁰ BENASSE, Paulo Roberto. *Direito de superfície e o novo código civil*. p. 85-94.

²⁶¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. p. 429.

²⁶² BENASSE, Paulo Roberto. *Direito de superfície e o novo código civil*. p. 89.

²⁶³ *Ibid.*, p. 75.

Para Venosa,²⁶⁴ o Código Civil não faz referência nesse sentido, já que poderia dar margem a infundáveis confusões. Lembra este autor que disposição dessa ordem, contida no direito português, tem sido muito criticada.

Para Diniz²⁶⁵ não é possível a instituição do direito de superfície, nem por usucapião, nem por via testamentária. Para essa autora o direito de superfície é mero direito de fruição sobre coisa alheia. Portanto, quem alegar usucapião irá pleitear a aquisição da propriedade e não da superfície, daí a sua vedação.

4.3.1.3 O direito de superfície no Brasil

No Brasil, conforme a lição de Benasse,²⁶⁶ foi “mantido em vigor o instituto da superfície, até que em 1864, por força da Lei nº 1.257, de 24 de setembro, foi tacitamente revogada”.

Embora o instituto tivesse sido incluído no projeto de Clóvis Bevilacqua, não restou integrado à redação final do Código Civil de 1916. O legislador do referido diploma preferiu a enfiteuse, conforme se observa nos arts. 676 a 694 do referido código.

Coube ao legislador de 1934 a primeira iniciativa, com a promulgação do denominado Código de Minas (Decreto-lei n. 24.624), em que se destacou a propriedade do solo da do subsolo para fins de exploração de jazidas de minérios.

É, entretanto, no anteprojeto de Código Civil de 1963, da lavra de Orlando Gomes, que o instituto da superfície foi reintegrado, sendo, posteriormente, mantido pela Lei n. 10.406, de 10/01/2002.

Conforme a lição de Cruz e Tucci.²⁶⁷

o novo Código Civil reconhece, com efeito, que, hoje, os tempos são outros. As tendências das sociedades contemporâneas, no que se refere ao direito, diferentemente das idéias de um passado não distante, visam a engrandecer o aspecto social, como, em particular, denota-se, *primo ictu oculi*, da redação da codificação recém promulgada.

²⁶⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. p. 429.

²⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. p. 436.

²⁶⁶ BENASSE, Paulo Roberto. *Direito de superfície e o novo código civil*. p. 89.

²⁶⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. A superfície no novo código civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. p. 102.

Há autores, entretanto, como é o caso de Benasse, que vêem no estabelecimento do condomínio de unidades autônomas, trazido pela Lei n. 4.591/1964, uma espécie de reintrodução do instituto, no Brasil.

Mais aceita, no entanto, é a tese sustentada pelo próprio Benasse²⁶⁸ e pela ilustre Maria Helena Diniz, de que a reintrodução do direito de superfície na legislação brasileira ocorreu com a promulgação do Decreto-lei n. 271/ 1967.

Vieram, mais tarde, pela ordem, a denominada Lei do Parcelamento do solo urbano, Lei n. 6.766/1979 e o cognominado Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/2001 que, verdadeiramente, regulamentou o direito de superfície em nosso país, conforme se observa nos arts. 21 a 24 do citado diploma.

O novo Código Civil de 2002 (Lei n.10.406, de 10/01/2002), por seu turno, além de elevar a superfície à categoria dos direitos reais (art. 1.225, inc. II) e regulamentar o instituto nos arts. 1.369 a 1.377, deixou de recepcionar a enfiteuse. Manteve, entretanto, as enfiteuses já existentes.

No dizer de Venosa,²⁶⁹ o direito de superfície é mais amplo que a enfiteuse – permitindo melhor utilização da coisa: o proprietário do solo mantém a substância da coisa, pertencendo-lhe o solo, no qual pode ter interesse de exploração ou utilização do que dele for retirado.

Ainda, segundo o mesmo autor,²⁷⁰ o direito de superfície é mais vantajoso que a enfiteuse, embora, em muitos aspectos, sejam semelhantes pois “permite a lei mais recente, da mesma forma, que o proprietário atribua a alguém a conservação de seu imóvel, por determinado prazo, mais ou menos longo, sem que o proprietário tenha o encargo de explorá-lo pessoalmente ou mantenha ali constante vigilância contra a cupidez de terceiros. Nesse sentido se aproxima muito da finalidade originária da enfiteuse.”

É direito real, por força do disposto no art. 1.225 e imóvel, em face do art. 80, ambos do novo Código Civil.

Assim, em função da regra do art. 1.369 do novo Código Civil, pode o proprietário conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo

²⁶⁸ BENASSE, Paulo Roberto. *Direito de superfície e o novo código civil*. p. 35.

²⁶⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. p. 429.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 426.

determinado, mediante escritura pública registrada. Referida concessão, entretanto, por força do disposto no parágrafo único do mesmo artigo, “não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão”.

Vê-se, portanto, que, diversamente do que ocorria com a enfiteuse, o novo Código Civil admite apenas e tão-somente a instituição da superfície por prazo determinado, quando tratar-se de relações entre particulares, e determinado ou indeterminado para pessoas jurídicas de direito público.

Em alguns países, o instituto é permitido de modo permanente. Nesse caso, é forçoso concluir que revoga o princípio *superficies solo cedit*.

Em Portugal, por exemplo, conforme a lição de Fernandes²⁷¹ resulta da própria noção legal o direito de superfície poder assumir caráter temporário.

No Brasil, os efeitos da *accessio* são suspensos até o termo final da superfície, quando se unificam as duas propriedades.

Característica marcante, em nosso direito, conforme ensina Benasse²⁷² é o fato de o proprietário do solo não poder se opor ao uso da superfície, pelo superficiário, para os fins em que foi contratado.

Embora em número reduzidíssimo, existem ainda aqueles que sustentam a revogação tácita dos arts. 21 a 24 da Lei n. 10.257/2001 pelo novo Código Civil.

Parece, entretanto, existir razão àqueles autores que, como Maria Helena Diniz,²⁷³ sustentam não ter existido tal revogação, ainda que, em alguns aspectos existam divergências entre as normas. Para a festejada professora, a manutenção do Estatuto da Cidade está no fato de ele ser um instrumento de política de desenvolvimento urbano, conforme o Enunciado 93, do STJ, aprovado na Jornada de Direito Civil.

Comunga com a opinião o professor Sílvio Venosa,²⁷⁴ sustentando que, por ser um microssistema, o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) continua em vigor. Assevera, entretanto, que a matéria é “polêmica e longe está da unanimidade. O desleixado legislador, para dizer o mínimo, poderia ter dado diretriz única e não o fez”.

²⁷¹ FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Lições de direitos reais*. p. 407.

²⁷² BENASSE, Paulo Roberto. *Direito de superfície e o novo código civil*. p. 81.

²⁷³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. p. 438.

²⁷⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. p. 428.

São, conforme a lição de Cláudia Lima Marques,²⁷⁵ dois sistemas diferentes, um sistema geral para a propriedade em geral e um micro-sistema para as relações da propriedade urbana,

mas apesar das finalidades e dos campos de aplicação subjetivos diferentes, possuem o mesmo princípio e tratam – materialmente – de temas semelhantes. Desta forma, não haverá antinomia (conflito) real entre as normas, pois os campos de aplicação são diferentes, nem antinomia de princípios e, sim, ‘diálogo’.

Como parte dessa diretriz única são apontados, pela doutrina, o prazo (que também pode ser indeterminado no Estatuto), além da extensão para o subsolo e espaço aéreo amparado por esse último.

Tendo em vista que o novo Código admite apenas o prazo determinado, sustenta o professor Venosa²⁷⁶ que, quando o direito de superfície for concedido por prazo indeterminado, devem as partes se acautelarem prevendo um prazo razoável para a denúncia vazia, pois, em não o fazendo, a matéria fatalmente será decidida pelo Judiciário, por força do disposto no art. 473, par. ún., do novo Código Civil.

Também polêmica resta, ainda, a matéria relativa ao pagamento dos tributos incidentes sobre o imóvel objeto do direito superficiário, por força do estatuído nas normas do art. 1.371 do novo Código e do art. 21, § 3.º do Estatuto.

Com relação à extensão do subsolo que será objeto da concessão, pairam, ainda, algumas dúvidas sobre a possibilidade ampla de sua utilização, como quando se tratar da instituição de direito de superfície para a construção de grandes edifícios: a construção, no subsolo, de vários andares de garagens, seria inerente à concessão? Embora, à primeira vista, pareça afirmativa a resposta, é provável que, no futuro, tenhamos controvérsias a respeito.

Outra questão, tão ou mais polêmica que a anterior, é saber, com base na legislação ora em vigor, se uma obra superficiária no solo admite outra no subsolo e se, nesta hipótese, teríamos a existência de duas propriedades superficiárias. Benasse²⁷⁷ responde

²⁷⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, n. 51, p. 34-67, jul./set. 2004.

²⁷⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. p. 428.

²⁷⁷ BENASSE, Paulo Roberto. *Direito de superfície e o novo código civil*. p. 82.

afirmativamente ambas as questões, lembrando que o Código Civil português admite tal possibilidade no art. 1.533.

O entendimento predominante a respeito é que a profundidade do subsolo superficiário é igual à profundidade do alicerce ou das raízes. A partir daí é possível estabelecer outro direito superficiário.

Quanto ao subsolo, não se pode olvidar que, segundo o art. 176 da CF, redação que lhe deu a Emenda n. 6, quando existirem riquezas minerais ou fósseis, o subsolo é de propriedade da União e, se explorado, assegura renda em favor do proprietário do solo.

O art. 1.529, par. ún. do novo Código veda a obra no subsolo, salvo se inerente ao objeto da concessão.

A Lei n. 10.257/2001, em seu art. 21, § 1.º, entretanto, permite a utilização, pelo superficiário, do solo, do subsolo e do espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística.

O direito italiano também admite a concessão superficiária do subsolo, nos termos do art. 955 do Código Civil, dispondo que “le disposizioni precedenti si applicano anche nel caso cui è concesso il diritto di fare e mantenere costruzioni al disotto del suolo altrui”.

Também o direito português admite o direito superficiário do subsolo, por força do disposto no art. 1.525 do Código Civil português. Segundo Fernandes,²⁷⁸ em virtude da regra n. 1 do art. 1.525 este é, primariamente, a parte do solo necessária à construção ou implantação. Contudo, o Código Civil permite a incidência do direito de superfície sobre parte do solo não necessário para os aludidos efeitos, desde que ele tenha utilidade para o uso da obra.

Polêmica, ainda, é segundo Venosa,²⁷⁹ a vedação contida no art. 1.372 do novo Código sobre a estipulação, pelo proprietário, de qualquer pagamento pela transferência. O Estatuto não reza a respeito. Outro aspecto polêmico do instituto e de difícil solução, segundo a lição de Pereira²⁸⁰ é o direito de preferência garantido ao superficiário, no caso de alienação, estabelecido pelo art. 1.373 do novo Código, em virtude de:

²⁷⁸ FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Lições de direitos reais*. p. 404.

²⁷⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. p. 428.

²⁸⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais*. p. 245.

- a) criar restrição ao direito do superficiário, impondo-lhe restrição;
- b) criar um poder maior ao que, por natureza é acessório; e,
- c) *possibilitar ao imóvel possuir maior dimensão do que a área objeto do direito de superfície.*

Em conclusão, é possível afirmar que o instituto, tal qual foi alinhavado no novo Código Civil, representa alguns avanços, especialmente em virtude de: a) revogar a enfiteuse, tida como instituto ultrapassado nas modernas legislações ocidentais; b) vedar a perpetuidade do direito, em que pese manter o prazo indeterminado, nos termos do Estatuto; c) auxiliar a solução, ou pelo menos traz novo alento e possibilidade às questões sociais, especialmente as relacionadas às moradias populares; e, d) facilitar a organização de grandes empreendimentos imobiliários, como são exemplos os shoppings centers, os hotéis, parques, estacionamentos e outros dessa natureza.

No mesmo sentido é a conclusão de Cruz e Tucci²⁸¹ quando afirma não restar

a menor dúvida de que, nas organizações sociais modernas, a nossa em particular, o instituto da superfície se mostra de grande utilidade para que haja maior dinamização do domínio, resultando, por via de consequência, em maior proveito do solo improdutivo ou inculto, e, no plano técnico-jurídico, para atender a situações concretas que vêm sendo consolidadas de modo totalmente irregular.

Apesar dos avanços apontados, há um aspecto no instituto que necessita ser corrigido pelo legislador. Trata-se do prazo de concessão, pois, embora o novo Código Civil fale em prazo para a concessão da superfície, não estipula qual é esse prazo, o que pode levar, e de fato leva, à confusão.

Além da superfície, analisada anteriormente, a outra novidade trazida pelo legislador do Código Civil de 2002, no que tange ao elenco dos direitos reais foi o direito do promitente comprador do imóvel, conforme art. 1.225, inc. VII.

Há, na doutrina pátria, aqueles que, a nosso ver acertadamente, sustentam que o compromisso de compra e venda ganhou, com o novo Código Civil, posição de destaque

²⁸¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. A superfície no novo código civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. p. 104.

sobre a própria compra e venda, uma vez que, àquele, são reconhecidas garantias que, na prática, representam mais segurança ao compromissário do que ao próprio comprador.

4.3.2 O direito do promitente comprador do imóvel

O compromisso de compra e venda é, segundo Wald,²⁸² denominação imprópria de contrato preliminar, pré-contrato ou promessa de contrato. Trata-se, segundo ensina, de contrato autônomo, pelo qual as partes se comprometem a realizar, na ocasião oportuna, um contrato definitivo de compra e venda.

Para Maria Helena Diniz, é o:

contrato pelo qual o compromitente-vendedor obriga-se a vender ao compromissário-comprador determinado imóvel, pelo preço, condições e modos avençados, outorgando-lhe a escritura definitiva assim que ocorrer o adimplemento da obrigação; por outro lado, o compromissário comprador, por sua vez, ao pagar o preço e satisfazer todas as condições estipuladas no contrato, tem direito real sobre o imóvel, podendo reclamar a outorga de escritura definitiva, ou sua adjudicação compulsória, havendo recusa por parte do compromitente-vendedor ou de terceiro a quem os direitos deste foram cedidos.²⁸³

Segundo Jorge Americano, citado por Rui Geraldo Camargo Viana, em sua tese de doutorado, o compromisso de compra e venda é “contrato que tem por objeto obrigar as partes a fazerem futuramente outro contrato, o de compra e venda, mediante bases pré-fixadas.”²⁸⁴

4.3.2.1. Origem histórica

Não existe, entre os autores, unanimidade quanto à origem precisa do contrato de compra e venda (em Roma, *emptio venditio*), muito menos sobre o compromisso de compra e venda. Apesar disso, é pacífico, entre os autores, que o contrato de compra e venda pertence à categoria consensual, ao lado da *locatio*, da *societas* e do *mandatum*.

²⁸² WALD, Arnold. *Obrigações e contratos*. 11. ed. rev, ampl. e atual. com. a colaboração de Semy Glanz. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 188.

²⁸³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*.

²⁸⁴ VIANA, Rui Geraldo Camargo. *O parcelamento do solo urbano*. 1983. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

Parece, entretanto, não haver, entre aqueles que cuidaram do assunto, dúvidas de que a compra e venda origina-se da *mancipatio* e da *traditio* (formas de transferência da propriedade), cujas origens remontam à época arcaica (ações da lei), em que pese o fato de terem sido, ambas, grandemente utilizadas no período clássico (processo formular).

A *mancipatio* (ato solene), era utilizada para a transferência das denominadas *res Mancipi*, enquanto a *traditio*, que se constituía em simples entrega, era destituída de formalidades, sendo utilizada nas transferências das denominadas *res nec Mancipi*.

Com Thomas Marky aprendemos que, na categoria das *res Mancipi* situam-se os terrenos itálicos (não os provinciais), os animais de tiro e carga (como o cavalo, a vaca, o burro), os escravos e as quatro servidões prediais rústicas mais antigas, que eram via, *iter*, *actus* e *aquaeductus*. As demais coisas eram *nec Mancipi*.²⁸⁵

A *res Mancipi* era uma espécie de troca imediata, ou seja, a troca da coisa pelo preço, havendo a simples transferência da propriedade, sem o nascimento de qualquer outra obrigação para as partes. A *res Mancipi* não era, portanto, como diz Moreira Alves²⁸⁶ venda contratual, geradora de obrigações; é, sim, translaticia da propriedade da coisa e do preço, pertencendo, por isso, à teoria dos modos de aquisição do domínio – os autores modernos dão-lhe várias denominações, como venda manual ou venda real, por exemplo.

As obrigações resultantes de tal venda seriam em virtude de culpa do vendedor. Portanto, em virtude de um delito, e não de um contrato.

O compromisso, do latim *compromissu*, é uma promessa de trato a ser cumprido, tendo a boa-fé como princípio.

O direito romano, conforme preceitua Arnold Wald, embora reconhecesse eficácia jurídica mais ampla aos contratos, que obedeciam às formalidades legais, relegava os pactos para um plano inferior, uma vez que estes últimos criavam apenas obrigações ditas naturais. Admitia, entretanto, a aplicação de sanções às partes que descumprissem os pactos.²⁸⁷

É preciso notar, entretanto, que o contrato não é criação romana. No direito arcaico (ações da lei), em institutos como a *sponsio* – fórmula de promessa – a obrigação surgia

²⁸⁵ MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

²⁸⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. p. 156.

²⁸⁷ WALD, Arnold. *Obrigações e contratos*.

com determinados gestos, ritos ou palavras. A palavra, como ocorria na *sponsio*, vinculava o proponente, mas esta, embora fosse obrigação verbal, segundo a classificação de Gaio (século II d.C.), não poderia ser tomada como forma de contrato. Não se indaga sobre a vontade de contratar. A palavra, quando pronunciada perante a pessoa certa, no lugar certo, criava o vínculo.

É nas obrigações consensuais, como ensina Lopes²⁸⁸ que a vontade de fazer o negócio se torna relevante. Abandona-se, pois, a fórmula simples. O núcleo do direito novo das “obrigações” serão quatro contratos consensuais: *emptio venditio*, *locatio conductio*, *mandatum e societas* são a grande novidade, sem ritualismo: o consenso basta, não há troca física das coisas, nem mesmo a troca fictícia, é a simples promessa.

Em nosso direito, segundo ensina Viana,²⁸⁹ o art. 1.088 do Código Civil foi, em nosso direito, o germe do contrato preliminar, porque possibilitava a prévia contratação, depois convertida em negócio definitivo, sistema que remonta às Ordenações Filipinas (Livro IV, Título XIX).

4.3.2.2 Legislação especial

Apesar de o legislador do Código Civil de 1916 ter, na esteira do legislador português de 1603, alinhavado os contornos do contrato preliminar, coube à legislação especial disciplinar as bases do Compromisso de Compra e Venda. Assim, em apertada síntese e tomando por base a cronologia apresentada por Viana²⁹⁰ e José Osório Azevedo Jr.,²⁹¹ é possível afirmar que o instituto veio retratado, pela primeira vez, no Decreto-lei n. 58, de 17 de dezembro de 1937, que disciplinava o loteamento e venda de terrenos para pagamento em prestações.

O legislador de 1937 (o projeto do Decreto-lei n. 58 é de Waldemar Ferreira e foi outorgado pelo então presidente Getúlio Vargas que, poucos dias antes havia dissolvido os partidos políticos), outorgou o Decreto-lei n. 58, estabelecendo, na exposição de motivos, que o citado diploma tinha, entre as suas causas, (i) o grande desenvolvimento da loteação de terrenos para venda em prestações; (ii) o crescimento da má-fé e solvabilidade de

²⁸⁸ LOPES, José Reinaldo Lima. *O direito na história*. p. 51.

²⁸⁹ VIANA, Rui Geraldo Camargo. *O parcelamento do solo urbano*. p. 30.

²⁹⁰ *Ibid.*

²⁹¹ AZEVEDO JÚNIOR. José Osório de. *Compromisso de compra e venda*. São Paulo: Saraiva, 1979.

empresas; (iii) a ausência de garantia e segurança das transações imobiliárias; e, (iiii) o grande número de transações imobiliárias ocorridas no período, sem que o comprador tivesse possibilidade de verificar o título de propriedade.

Destacam-se, no referido diploma, os seguintes artigos:

Art. 15. Os compromissários têm o direito de, antecipando ou ultimando o pagamento integral do preço, e estando quites com os impostos e taxas, exigir a outorga da escritura de compra e venda.

Art. 16. Recusando-se os compromitentes a passar a escritura definitiva no caso do art. 15, serão intimados, por despacho judicial e a requerimento do compromissário, a dá-la nos 10 dias seguintes à intimação, correndo o prazo em cartório.

§ 1º Se nada alegarem dentro desse prazo, o juiz, por sentença, adjudicará os lotes aos compradores, mandando:

a) tomar por termo a adjudicação, dela constando, além de outras especificações, as cláusulas do compromisso, que devessem figurar no contrato de compra e venda, e o depósito do restante do preço, se ainda não integralmente pago;

b) expedir, pagos os impostos devidos, o de transmissão inclusive, em favor dos compradores, como título de propriedade, a carta de adjudicação;

c) cancelar a inscrição hipotecária tão somente a respeito dos lotes adjudicados nos termos da escritura aludida no § 3º, do art. 1º.

§ 2º Se, porém, no decêndio, alegarem os compromitentes matéria relevante, o juiz, recebendo-a como embargos, mandará que os compromissários os contestem em cinco dias.

§ 3º Havendo as partes protestado por provas, seguir-se-á uma dilação probatória de 10 dias, findos os quais, sem mais alegação, serão os autos conclusos para sentença.

§ 4º Das sentenças proferidas nos casos dêste artigo caberá o recurso de agravo de petição.

§ 5º Estando a propriedade hipotecada, cumprido o dispositivo do § 3º, do art. 1º, será o credor citado para, no caso dêste artigo, autorizar o cancelamento parcial da inscrição, quanto aos lotes comprometidos.

Art. 17. Pagas todas as prestações do preço, é lícito ao compromitente requerer a intimação judicial do compromissário para, no prazo de trinta dias, que correrá em cartório, receber a escritura de compra e venda.

Parágrafo único. Não sendo assinada a escritura nesse prazo, depositar-se-á o lote comprometido por conta e risco do compromissário, respondendo êste pelas despesas judiciais e custas do depósito.

Art. 22. As escrituras de compromisso de compra e venda de imóveis não loteados, cujo preço deva pagar-se a prazo, em uma ou mais prestações, serão averbadas à margem das respectivas transcrições aquisitivas, para os efeitos desta lei.

É comum, entre aqueles que se ocuparam do assunto, afirmar-se que a inserção do Decreto-lei n. 58 no sistema legal do país deveu-se a uma necessidade de coibir abusos, principalmente dos proprietários de imóveis urbanos que, de certa forma, amparados pela norma do art. 1.088 do Código Civil de 1916, faziam uso excessivo do direito de arrependimento com o conseqüente desfazimento dos negócios jurídicos.

O professor Augusto Alvim²⁹² foi incisivo em afirmar que a grande valorização de imóveis ocorrida nas grandes cidades brasileiras durante as décadas de 1920 e 1930 foram a causa do loteamento de terras e terrenos.

Entretanto, lembra o mestre Alvim, pessoas “e companhias menos idôneas, não obstante findos os pagamentos, deixavam de entregar os lotes, comprados em prestações, durante anos e anos, preferindo, em lugar disso, devolver as quantias recebidas e sujeitarem-se às perdas danos.”²⁹³

Em que pese o fato do Decreto-lei n. 58 ter sido publicado no auge da ditadura Vargas, não se pode negar, como ensina Viana,²⁹⁴ que veio em boa hora, acabar com os

efeitos nefastos que gera aos compromissários-compradores o exercício pelos loteadores da faculdade prevista no art. 1.088 do Código Civil, fonte amarga de decepções e de justificados desesperos, desfazendo, ao cabo de longos anos, a promessa avençada, com a só devolução do dobro do preço pago, são de todos conhecidos, dando azo ao surgimento da lei protetora, neutralizando a aplicação do famigerado dispositivo.

O citado art. 1.088 do Código Civil de 1916, que foi o germe do contrato preliminar, porque possibilitava a prévia contratação depois convertida em negócio definitivo, assim dispunha: “Art. 1088 – Quando o instrumento público for exigido como prova do contrato, qualquer das partes pode arrepender-se, antes de o assinar, ressarcindo à outra as perdas e danos resultante do arrependimento.”

²⁹² ALVIM, Agostinho. *Da compra e venda e da troca*. p. 267.

²⁹³ Ibid.

²⁹⁴ VIANA, Rui Geraldo Camargo. *O parcelamento do solo urbano*. p. 30.

Pode-se, portanto, observar que referido artigo 1.088 **permitia o arrependimento das partes** “arrependimento sem direito de arrepender”, na expressão “pitoresca” de Pontes de Miranda (a referência é de Rui Geraldo Camargo Viana em sua obra citada), o que motivou a edição do Decreto-lei n. 58/1937.

É interessante notar, antes de analisarmos as mudanças introduzidas pelo Decreto-lei n. 58, que Roppo,²⁹⁵ depois de exaustiva análise histórica do contrato, na Europa e especialmente na Itália, faz expressa alusão ao desenvolvimento do fascismo, lembrando que, tal qual ocorre em todos os fenômenos político-sociais, o fascismo também deixou marcas profundas no plano das estruturas jurídicas da Itália. Lembra o ilustre professor italiano, que o objetivo explícito, e programa dos responsáveis do estado fascista, “foi o de operar uma transformação radical de todo o ordenamento jurídico, que o tornasse conforme à ideologia oficial do regime e à organização das relações sociais e econômicas promovidas por este”.

Lembra, ainda, o autor, que o fascismo não foi fenômeno exclusivo da Itália e que, na Alemanha, já em 1933, Hans Frank afirmava que a loucura do individualismo e do liberalismo, daquele momento em diante não tinha mais espaço no direito alemão e que a liberdade e a iniciativa autônoma do indivíduo deveriam submeter-se aos interesses da comunidade nacional. Assim, de acordo com tal ideologia “o contrato não pode ser expressão da liberdade do indivíduo e meio para a satisfação dos seus interesses particulares, mas deve constituir instrumento para a realização do bem comum da nação alemã”.²⁹⁶

Ora, não se pode olvidar que o Decreto-lei n. 58 foi outorgado no auge do Estado Novo e que sua publicação ocorreu no dia 10/12/1937, uma semana após a dissolução dos partidos políticos pelo então presidente Getúlio Vargas (ocorrida no dia 03/12/1937)²⁹⁷ que, como se sabe, era adepto dos regimes totalitários italianos e alemães, tendo, inclusive, implantado uma ditadura do mesmo estilo no Brasil.

Para Diniz,²⁹⁸ citando o verbete do professor Yussef Cahali publicado na Enciclopédia Saraiva, v. 16, p. 453:

²⁹⁵ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 55.

²⁹⁷ VARGAS, Getúlio. *Diário – 1937/1942*. São Paulo: Siciliano/FGV, 1995.

²⁹⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*.

a expansão imobiliária, com a crescente valorização da propriedade imóvel, e o processo inflacionário da moeda fizeram com que o art. 1.088 beneficiasse promitentes-vendedores inescrupulosos, pois, fundado no princípio da ampla liberdade contratual, assegurava-lhes um auspicioso meio de enriquecimento sem causa.

É, portanto, no intuito de equilibrar tal situação, conforme destacou Viana²⁹⁹ que “o artigo 16 do Decreto-lei n. 58 **confere verdadeiro direito real ao compromisso inscrito**, proteção que seu art. 22 ampliou aos relativos a imóveis não registrados e, em sucessivas alterações do texto, ambas hipóteses se igualaram”.

É preciso ressaltar, no entanto, que, em 1938, foi editado o Decreto-lei n. 3.079, de 15/11/1938, que regulamentou o Decreto-lei n. 58 e ampliou suas disposições para amparar, também, os **imóveis não loteados** cujo pagamento fosse realizado em prestações, ou seja, “foram aplicadas ao compromissos de compra e venda em geral”.³⁰⁰

Vale anotar, com Betioli,³⁰¹ que o Ordenamento Jurídico atual não possibilitaria tal hipótese, uma vez que os regulamentos ou decretos regulamentares não são leis, no sentido técnico, pois não podem inovar a ordem jurídica, criar deveres ou obrigações. Não podem ultrapassar os limites postos pela norma legal que especificam ou a cuja execução se destinam. Não olvidemos, entretanto, que, conforme exposto, estamos nos referindo a um período ditatorial.

Em 09 de novembro de 1939 foi outorgado o Decreto-lei n. 4.857, de 09/11/1939 (denominado Lei dos Registros Públicos), que, no parágrafo único do art. 244, estabelecia:

Art. 244

Parágrafo único – Quando houver promessa de venda, quer por instrumento público, quer por instrumento particular, será este registrado ou averbado, para que possa ser transcrita a escritura definitiva de compra e venda com fidelidade e minudência.

²⁹⁹ VIANA, Rui Geraldo Camargo. *O parcelamento do solo urbano*. p. 30.

³⁰⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano*. 6. ed. São Paulo: RT, 2003.

³⁰¹ BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito – lições de propedêutica jurídica*. 8. ed. São Paulo: Letras & Letras, 2002.

Em 29/02/1940 foi outorgado o Decreto-lei n. 5.318, que alterou a redação do citado parágrafo único do art. 244 do Decreto n. 4.857, estabelecendo, a partir de então, que:

Art. 244.....

Parágrafo único - quando houver promessa de venda, será este registrado ou averbado, para que possa ser a transcrita a escritura definitiva.

A ação de adjudicação compulsória veio, posteriormente, regulamentada nos artigos 345 e 346 do Código de Processo Civil de 1939.

Em 11 de março de 1949 foi promulgada a Lei n. 649, que modificou o art. 22 do Decreto-lei n. 58, ampliando sua abrangência. Assim, a partir da edição da referida Lei 649/1949, toda promessa de compra e venda, sem cláusula de arrependimento, passou a configurar-se como Compromisso de Compra e Venda. Segundo Diniz,³⁰² com tal lei foi “efetivamente criado o direito real de promessa de venda e alterado o art. 22 do Decreto-lei n. 58/37”.

Isso porque o art. 1.º da citada Lei 649/49, com a modificação introduzida, posteriormente, pela Lei 6.014, de 27/12/1973 (CPC) assim estabelece:

Art. 1º - Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda e cessão de direitos de imóveis não-loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações, desde que inscritos em qualquer tempo, atribuem aos compromissos direito real, oponível a terceiros e lhes confere o direito de adjudicação compulsória.

Depois, disciplinando a matéria vieram:

- a) A Lei n. 4.380, de 21/08/1964 que, em seu art. 69, regulamentou a cessão de direitos relativos a imóveis não loteados como caracterizadores de direito real oponível a terceiro; e,
- b) O Decreto-lei n. 271, de 28/02/1967, disciplinando o loteamento urbano, porém, mantendo as disposições do Decreto-lei n. 58.

Vale lembrar que os loteamentos das áreas situadas fora da zona urbana continuaram sujeitando-se à Lei n. 4.504, de 30/11/1964, também conhecida como Estatuto da Terra.

³⁰² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. p. 567.

O Decreto-lei n. 271 é, na verdade, conforme ensina Viana,³⁰³ resultado de projeto mais amplo, denominado “Estatuto do Planejamento Integrado Municipal”, da lavra do professor Hely Lopes Meirelles, que ordenava os loteamentos urbanos em áreas rurais. Tal projeto continha normas para: loteamentos, documentação para loteamentos, registro de loteamentos; desapropriações de áreas rurais e concessão de uso de terrenos, entre outros.

Ainda segundo Viana,³⁰⁴ não vingou o projeto do professor Hely Lopes Meirelles e o Decreto-lei n. 271/1967 restringiu-se a disciplinar o loteamento urbano, mantendo-se, para os demais, a legislação em vigor.

Em 1969 foi promulgado o Decreto-lei n. 745/1969, que estabeleceu a necessidade de interpelação judicial ou extrajudicial para a caracterização da mora, seja o contrato inscrito ou não.

Com relação a este último diploma, aponta ainda Viana³⁰⁵ que a jurisprudência ampliou seu alcance, “impondo a interpelação nos contratos inscritos e nos não inscritos, ficando estes até, de certa forma, melhor situados, com a admissão de purgação da mora em juízo, na fase de contestação da ação de rescisão.”

Em 1973 veio o Código de Processo Civil (Lei n. 6.014/1973) que, em seu art. 1.218, manteve a redação dos arts. 345 e 346 do Código de Processo Civil de 1939, pelo menos de modo aparente, conforme conclui Viana,³⁰⁶ pois estabelece o rito sumaríssimo (hoje sumário – arts. 275 a 281) para a adjudicação compulsória.

Em 19 de dezembro de 1979, com a promulgação da Lei n. 6.766, também conhecida como Lei de Parcelamento do Solo Urbano, houve a revogação do Decreto-lei n. 271/1967, e a introdução de significativas alterações no Decreto-lei n. 58/1937, como é o caso do art. 25 da referida Lei n. 6.766/1979, que reconhece eficácia real ao compromisso de compra e venda de imóveis, quando registrados, nos seguintes termos:

Art. 25 – são irretatáveis os compromissos de compra e venda, cessões e promessa de cessão, os que atribuam direito à adjudicação compulsória e, estando registrados, confirmam direito real oponível a terceiros.

³⁰³ VIANA, Rui Geraldo Camargo. *O parcelamento do solo urbano*. p. 30.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 31.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 31.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 31

Entretanto, conforme ensina Diniz,³⁰⁷ citando Yussef Cahali, “a Lei 4.380/64 já havia atribuído eficácia de direito real à promessa de cessão de compromisso, desde que sem cláusula de arrependimento e com imissão de posse, inscrito o contrato no registro imobiliário.”

4.3.2.3 O compromisso de compra e venda no Código Civil de 2002

Com o advento da Lei n. 10.406, em 10 de janeiro de 2002, denominada “Novo Código Civil”, há, pode-se afirmar, um avanço em relação ao Instituto em exame, uma vez que o legislador do novo código introduziu, no elenco dos direitos reais do art. 1.225, o **direito do promitente comprador do imóvel.**

E, um pouco adiante, mais especificamente nos artigos 1.417 e 1.418, o legislador de 2002, como que ratificando o disposto na legislação especial e o entendimento doutrinário vigente, estabeleceu:

Art. 1417. Mediante promessa de compra e venda, em que não se pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.

Art. 1418 – O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.

É interessante notar, à guisa de comparação, que o parágrafo único do art. 244 do Decreto-lei n. 4.857, de 09 de novembro de 1939, anteriormente citado, continha disposição que, em muito se aproximava da redação dos dispositivos acima citados. Veja-se que o parágrafo único do citado art. 244 do Decreto n. 4.857/1939 assim dispunha:

Art. 244

Parágrafo único – Quando houver promessa de venda, quer por instrumento público, quer por instrumento particular, será este registrado ou averbado, para que possa ser transcrita a escritura definida de compra e venda com fidelidade e minudência.

³⁰⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. p. 568.

Tal dispositivo, entretanto, como se demonstrou, foi modificado com o advento do Decreto-lei n. 5.318, de 29/02/1940, que lhe deu a seguinte nova redação:

Art. 244....

Parágrafo único: Quando houver promessa de venda, será esta inscrita ou averbada para que possa ser transcrita a escritura definitiva.

Anote-se, por oportuno, que a mudança patrocinada pelo legislador de 1940 possibilitou, para alguns, o entendimento de que apenas a escritura pública é apta a produzir os efeitos legalmente reconhecidos à promessa de compra e venda. Tal posição, entretanto, foi equacionada com o advento do Código Civil de 2002, que, tal qual o legislador de 1939, reconhece tais efeitos, tanto ao instrumento público, quanto ao particular.

Entretanto, para ter os efeitos reais reconhecidos e estabelecidos pelo novo Código, deve o Compromisso de Compra e Venda conter os seguintes requisitos: a) o compromissário deve ter cumprido com todas as suas obrigações contratuais; b) haver recusa injustificada do vendedor ou de terceiros em outorgar a escritura; c) inexistir cláusula de arrependimento; e, d) ser registrado no Cartório de Registro de imóveis competente.

4.3.2.4 Natureza jurídica

Se, por um lado, foram sanadas, pelo legislador de 2002, as dúvidas quanto à eficácia de direito real do compromisso de compra e venda, por outro, ainda existe divergência, em nossa doutrina, quanto à natureza jurídica do instituto.

Para Carlos Alberto Bittar³⁰⁸ o compromisso de compra e venda é “novo direito à categoria dos reais (restrita antes ao de gozo sobre coisas alheias e de garantia). Em face desse direito, fica o proprietário do bem sem a posse, em que é imitado o adquirente, perdendo, além disso, o direito de disposição.”

Para Washington de Barros Monteiro,³⁰⁹ é “um novo direito real, voltado a garantir, efetivamente, aquele que se compromete a adquirir um imóvel. Trata-se, em outras palavras, de direito à aquisição para o futuro.” Para os fins do art. 1.225 é direito real,

³⁰⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos civis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

³⁰⁹ BARROS MONTEIRO, Washington. *Curso de direito civil – direito das coisas*. 37. ed., revista e atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003.

entretanto a aquisição da propriedade dependerá de novos requisitos específicos. Há, segundo ensina, inovações trazidas pelo Código, pois: a) o promitente comprador adquire a posse relativa direta antes do pagamento; e, b) o promitente vendedor permanece na qualidade de possuidor absoluto.

Para Sílvio Rodrigues, citado por Maria Helena Diniz:³¹⁰

é direito real sobre coisa alheia de gozo e fruição, tendo os mesmos caracteres da enfiteuse, da servidão, do usufruto, do uso, da habitação, uma vez que, até que o compromissário-comprador tenha o domínio, já usa e goza do bem, percebendo-lhe os frutos e extraindo-lhe as utilidades, impedindo sua alienação válida a outrem, durante todo o tempo em que estiver pagando as prestações estipuladas.

Para Orlando Gomes, citado por Diniz³¹¹ é “direito real sobre coisa alheia *sui generis*, porque envolve um pouco do direito real de gozo e um pouco do direito real de garantia, reduzindo-se a uma mera limitação do poder de disposição do proprietário que o constitui e que, com seu registro, fica impedido de alienar a coisa.”

O direito do compromissário é extenso, se assemelha ao domínio útil. Tem o compromissário: a) posse do bem; b) a faculdade de uso e gozo; e, c) pode trespassar o contrato, embora ainda não seja dono do imóvel que prometeu comprar.

Para Diniz³¹² “é um direito real sobre coisa alheia de aquisição”. Segunda a ilustre professora, é óbvio “que não é direito real pleno ou ilimitado, como a propriedade, já que o compromissário-comprador não tem direito real sobre coisa própria, não é ele o dono do bem”. Para a autora:

trata-se de um direito real sobre coisa alheia, mas não se configura como direito real de gozo, apesar do direito do compromissário-comprador ser tão extenso que se assemelha ao domínio útil, já que tem a posse do imóvel, podendo dele usar e gozar. Também não é satisfatória sua inclusão nos direitos reais de garantia, destinado, tão-somente, a assegurar a prestação prometida no contrato, pois os direitos reais de garantia têm outra finalidade. P. ex., o ônus real de garantia, como o hipotecário, assegura o inadimplemento da obrigação, desempenhando um papel acessório.

³¹⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. p. 564.

³¹¹ *Ibid.*, p. 565.

³¹² *Ibid.*, p. 565-6.

Há, ainda, aqueles que, embasados na doutrina de Planiol e Ripert sustentam que é como o domínio, nos termos do Código Francês *promesse de vente vaut vente*.

4.3.2.5 O Compromisso de compra e venda como contrato preliminar

Ainda há, em nossa doutrina, quem sustente que o Compromisso de Compra e Venda é contrato preliminar, portanto sujeito às regras dos arts. 462 a 466 do Código Civil de 2002.

Tal posição, entretanto, hoje minoritária, sucumbe, a nosso ver, diante da própria caracterização de contrato preliminar definida pelo legislador de 2002.

É esclarecedora sobre o tema a posição de Diniz,³¹³ quando ensina, com fundamento na lição de Orlando Gomes que:

o compromisso ou promessa irrevogável não é um contrato preliminar porque a adjudicação compulsória só seria possível nas obrigações de dar, e o contrato preliminar gera tão-somente uma obrigação de fazer o contrato definitivo, nem o juiz teria o condão de converter tal obrigação de celebrar contrato em obrigação de dar ou entregar alguma coisa. Se ordena o compromisso a adjudicação do imóvel ao compromissário é porque está a dar, coativamente, execução específica à obrigação de dar que nasce do contrato de compra e venda. Daí a ser o compromisso uma nova modalidade de compra e venda, desaparecendo do cenário jurídico a promessa de compra e venda como contrato preliminar, em que pese as partes, tão-somente, assumem a obrigação recíproca de estipular o contrato definitivo de compra e venda”.

Ainda, segundo Gomes,³¹⁴ “de negócio jurídico que tivesse a natureza de contrato preliminar, não pode nascer direito real.”

Tem-se, portanto, que o Compromisso de Compra e Venda era pré-contrato até ser modificado pelas leis especiais. Hoje, entretanto, com a promulgação do novo Código, tal caracterização está superada.

É interessante notar, ainda com fundamento na doutrina de Gomes,³¹⁵ que o contrato preliminar de compra e venda gera a obrigação de contrair o contrato definitivo e

³¹³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. p. 570.

³¹⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 246.

³¹⁵ *Ibid.*, 241.

contém implicitamente a faculdade de arrependimento. A rigor, conclui o mestre Orlando, “a parte que se recuse a concluir o contrato definitivo não está a usar, propriamente falando de uma faculdade de se arrepender, salvo se estipulou arras penitenciais”. A recusa de contratar é inadimplemento de obrigação que se resolve em perdas e danos.

Prossegue o renomado autor, afirmando que a:

promessa de venda como contrato preliminar propriamente dito desapareceu praticamente do comércio jurídico devido à superioridade manifesta do outro negócio jurídico que continua designado pelo mesmo nome, mas é nitidamente distinto, bem como em razão da tendência para a ele assimilar toda promessa que não contenha o pacto de arras penitenciais. Seria melhor denominar esse negócio jurídico pela expressão compromisso de venda. Concluído o compromisso ele é irrevogável. Levando-se ao Registro de Imóveis, impede-se que o bem seja alienado a terceiro. Imite-se na posse do imóvel e se comporta como se fora seu dono. Preenchidas as condições que o habilitam a pedir a escritura, obtém-se, através de sentença, se a outra parte não quiser cumprir.

Para o mesmo Gomes,³¹⁶ a possibilidade de substituir o contrato definitivo por uma sentença e a atribuição ao promitente comprador de um direito real impedem que se denomine tal negócio jurídico de contrato propriamente preliminar ou promessa de venda. É, na verdade, compromisso de venda. O consentimento já foi dado – portanto, as partes obrigam-se a repeti-lo no instrumento definitivo, na escritura pública indispensável.

Concluimos, com o mestre baiano, que: se a promessa irrevogável de venda fosse um contrato preliminar propriamente dito, não poderia o legislador atribuir natureza real ao direito do compromissário, restrito que seria à pretensão de exigir da outra parte a celebração do contrato definitivo, cuja inexecução daria lugar, logicamente, a perdas e danos.

Outra polêmica, surgida com o advento do novo Código Civil, que parece também já estar superada, é a de que a escritura pública seria essencial à validade do Compromisso de Compra e Venda.

Aqueles que se posicionaram favoravelmente à idéia adotaram como pressuposto a regra do art. 108 do novo Código Civil que estabelece:

³¹⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. p. 243.

Não dispendo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a 30 (trinta) vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Sustentam, portanto, os defensores da idéia, a tese segundo a qual o instrumento particular daria margem a fraude, daí a necessidade da escritura pública.

Entretanto, conforme vem sustentando a boa doutrina, ao mesmo tempo em que o art. 108 estabelece a necessidade da escritura pública para determinados negócios jurídicos, contém, em seu corpo, a expressão: “... não dispendo a lei em contrário...”. Ora, o art. 1.417, que disciplina o direito do promissário-comprador estabelece, de modo cristalino, que, “mediante promessa de compra e venda, em que não se pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público **ou particular**, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.”. Parece, portanto, restar claro, que o legislador de 2002 não privilegiou, nem o instrumento público, nem o particular, sendo ambos, no sistema do código, hábeis para a aquisição do novo direito real de que trata o inc. VII do art. 1.225.

4.3.2.6 Tratamento jurisprudencial

Embora, com a promulgação do novo Código Civil pareçam estar superadas as grandes controvérsias nascidas em torno do Compromisso de Compra e Venda, é importante salientar, entretanto, que nossos tribunais tiveram papel decisivo no estabelecimento de alguns princípios que acabaram sendo adotados pelo legislador de 2002.

Destacam-se, portanto, as seguintes decisões de nossos tribunais sobre o tema :

a) Súmulas do Supremo Tribunal Federal:

Súmula 166 – *é inadmissível o arrependimento no compromisso de compra e venda sujeito ao regime do DL 58, de 10/12/1937.*

Súmula 167 – *não se aplica o aplica o regime do DL 58, de 10/12/1937, ao compromisso de compra e venda não inscrito, salvo se o promitente vendedor se obrigou a efetuar tal registro.*

Súmula 168 – *para os efeitos do DL 58, de 10/12/1937, admite-se a inscrição imobiliária do compromisso de compra e venda no curso da ação.*

Súmula 412 – *no compromisso de compra e venda com cláusula de arrependimento, a devolução do sinal por quem o deu, ou a sua restituição em dobro, por quem o recebeu, exclui indenização maior a título de perdas e danos, salvo os juros moratórios e os encargos do processo.*

Súmula 413 – *o compromisso de compra e venda de imóveis, ainda que não loteados, dá direito à execução compulsória, quando reunidos os requisitos legais.*

b) Súmulas do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 76 – *a falta de registro do compromisso de compra e venda do imóvel não dispensa a prévia interpelação para constituir em mora o devedor.*

Súmula 84 – *é inadmissível a oposição de embargos de terceiros fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido de registro.*

Súmula 239 – *o direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis.*

Observa-se, portanto, que, no mesmo diapasão do legislador constitucional de 1988 e do legislador do Estatuto da Cidade, nosso código civil também demonstrou uma preocupação com a propriedade urbana, ao disciplinar institutos que, há muito tempo, reclamam por uma maior atenção.

CONCLUSÃO

Entendemos, portanto, ter demonstrado, por meio do presente estudo, que, apesar da crescente preocupação do legislador pátrio com a regulamentação da cidade e, conseqüentemente, da propriedade imobiliária urbana, especialmente nas quatro últimas décadas, ainda estamos muito distante de alcançar uma situação que se possa classificar como satisfatória.

Grande parte de nossas principais cidades teve sua fundação nos séculos XVI e XVII, dentro de contornos especificamente medievais, pois, conforme a lição de Sérgio Buarque de Holanda, em vez da razão, foi a natureza que determinou seus contornos e a sinuosidade de suas ruas; ou seja, as cidades brasileiras nasceram e se desenvolveram, pelo menos até o século XIX, dentro de uma perspectiva e mentalidade medieval.

Esse caráter medieval de nossas cidades representou uma situação no mínimo anacrônica, pois, no mesmo período, a maior parte das cidades da Europa, da América do Norte e da América espanhola, incluindo-se aí as da América do Sul, vivia uma renovação no melhor estilo barroco, com contornos retangulares, ruas retas e uma maior racionalidade na distribuição dos espaços.

Esse anacronismo, que, para muitos autores, tem sua origem atrelada ao regime de sesmarias, aqui implantado e que vigorou até meados do século XIX, acabou estabelecendo as bases e dando todo o contorno de nosso sistema de propriedade, bem ao gosto do modelo vigente na Idade Média, eis que, segundo tal regime, as terras eram concedidas gratuitamente aos colonos, mediante certas condições que, caso não fossem cumpridas pelo concessionário, implicava devolução das terras ao concedente, dando origem às terras devolutas.

Tanto é assim que nossa primeira Lei de Terras, como ficou conhecida a Lei n. 601, de 1850, foi promulgada com o objetivo de regulamentar as sesmarias já existentes e estabelecer as regras sobre a posse, única forma de aquisição de domínio, no Brasil, desde que a concessão de sesmarias foi suspensa, em 1822. Foi, portanto, a partir da entrada em vigor da Lei de Terras, que se estabeleceu, entre nós, o regime de compra e venda, como o único possível para a aquisição do domínio. As sesmarias eram toleradas exclusivamente para terras localizadas a 10 léguas dos limites do território.

Não se pode olvidar, entretanto, que a grande motivação do legislador da Lei de Terras era a mesma do legislador de nosso Código Civil, que entrou em vigor quase setenta anos depois, ou seja, a regulamentação do uso e ocupação do solo com vistas à economia agrária. Com exceção da cidade do Rio de Janeiro — que, por ter se tornado sede da Corte Portuguesa em 1808, já apresentava um comércio razoavelmente desenvolvido e uma indústria em fase germinal — as demais cidades brasileiras viviam basicamente da agricultura voltada para a exportação.

Em razão do desenvolvimento industrial crescente, algumas cidades brasileiras passaram a atrair significativo contingente da população, que até então habitava e trabalhava no campo, fazendo com que aumentasse a procura dos imóveis urbanos e, por conseguinte, sua valorização. Somente a partir dessa época, ou seja, a partir da década de 1930 é que o legislador passou a se preocupar com a regulamentação da propriedade urbana e, conseqüentemente, da cidade e sua ocupação. O Decreto-lei n. 58 e o Decreto-lei n. 311, relacionados entre os mais importantes diplomas legislativos nacionais em termos de regulamentação da cidade e da propriedade urbana, datam dessa década.

Aliás, apesar das inúmeras críticas e objeções que a doutrina faz relativamente a seu texto, o referido Decreto-lei n. 311, de 1938, continua em vigor, sendo considerado um diploma básico para conceituar a cidade em nosso sistema legal, uma vez que nem a Constituição Federal de 1988, nem o Estatuto da Cidade, tiveram tal preocupação.

Ocorre, todavia, conforme reconhece parcela considerável de nossa doutrina, que a redação confusa adotada pelo legislador do citado Decreto-lei n. 311/1938, que considera cidade tanto a sede de município, quanto a sede de distrito, transformou o Brasil, nas últimas seis décadas, pelo menos sob o olhar das estatísticas, em um país predominantemente urbano.³¹⁷

A realidade, entretanto, conforme demonstram os dados oficiais divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE e pelo Ministério das Cidades, (ver dados inseridos nas planilhas em anexo ao presente estudo), é que nossa população urbana, embora tenha aumentado significativamente a partir da segunda metade do século XX, ainda guarda uma considerável distância entre os números oficiais e a realidade: a esmagadora maioria de nossos 5.560 municípios, ou seja, 4.059 municípios, possuem

³¹⁷ Cf. Anexo 2.

menos de 20.000 habitantes,³¹⁸ sendo que, desses, 1.371 possuem menos de 5.000 habitantes. Portanto, dos 5.560 municípios hoje existentes no Brasil, apenas 1.501 municípios contam com mais de 20.000 habitantes.³¹⁹

Assim, em face dos dados transcritos, é forçoso admitir que o legislador constitucional de 1988, ao introduzir em nossa Carta Magna um capítulo específico para tratar “Da Política Urbana”, lançou seus olhos sobre esses municípios que representam, hoje, pouco mais de 28% do total dos municípios brasileiros. Veja-se que, embora o núcleo de todo o art. 182 de nossa Lei Maior seja o plano diretor, considerado pelo próprio legislador constitucional o instrumento capaz de ordenar o desenvolvimento de nossas cidades e garantir o bem-estar social, referido instrumento somente foi considerado “obrigatório para as cidades com mais de 20.000 habitantes”.

Com o objetivo de regulamentar os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, foi promulgada, com considerável atraso, a Lei n. 10.257/2001, denominada “Estatuto da Cidade”. Referido diploma, conforme ficou demonstrado, inovou em matéria de propriedade urbana, ao instituir o direito de superfície e a usucapião coletiva.

Houve, também, uma inovação do Estatuto da Cidade (art. 41), ao estender a obrigatoriedade da elaboração do plano diretor às cidades: i) integrantes das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; ii) onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4.º do art. 182 da Constituição Federal; iii) integrantes de áreas de especial interesse turístico; e, iv) inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

Note-se, por oportuno, que, expirado o prazo concedido pelo Estatuto da Cidade (outubro de 2006) para que as cidades obrigadas (1.682 cidades), elaborassem seu plano diretor, 60 cidades ainda não haviam iniciado sua elaboração, 297 ainda estavam com seus planos em fase de elaboração no Executivo ou em outras etapas e 196 estavam com seus planos diretores em estágio final de elaboração no executivo. Ou seja, quase 33% das cidades obrigadas ainda não haviam aprovado o seu plano diretor.³²⁰

³¹⁸ Note que a população total divulgada pelo IBGE engloba a população rural e a urbana.

³¹⁹ Fonte: IBGE – cf. anexo 1.

³²⁰ Fonte: Ministério das Cidades/Secretaria Nacional de Programas Urbanos – cf. anexo 9.

Veio, por derradeiro, o código civil de 2002 trazendo uma novidade no tocante ao tema *sub examine*, ou seja, a inclusão do compromisso de compra e venda e a superfície na fechada lista dos direitos reais constante do art. 1.225, demonstrando, assim, a clara preocupação do legislador do código civil com a propriedade urbana.

Parece-nos, todavia, que o legislador do Código Civil de 2002 continuou voltando sua atenção às cidades com mais de 20.000 habitantes, pois, como visto, tanto o compromisso de compra e venda, quanto a superfície, tiveram suas origens ligadas ao crescimento das cidades.

Embora nosso direito tenha evoluído em termos de regulamentação da propriedade urbana, é preciso que o legislador pátrio atente para os municípios, e suas respectivas cidades, cuja população seja inferior a 20.000 habitantes que, como vimos, representa mais da metade das cidades brasileiras, ou, quando não, que estabeleça um tratamento jurídico diferenciado, visando não o seu desenvolvimento desenfreado na busca de um crescimento populacional que lhes permitam alcançar o *status* de grande cidade, mas que os reconheça como municípios médios e pequenos e que se alcancem o desenvolvimento nessas condições. Nesse sentido, parece-nos que a obrigatoriedade da elaboração de plano diretor para todas as cidades e não apenas àquelas com mais de 20.000 habitantes seria um primeiro passo. Somente assim a propriedade urbana cumpriria sua verdadeira função social

Por derradeiro, há a necessidade de se resolver a questão relacionada à eficácia das normas, pois, como se observou anteriormente, ao tratarmos do plano diretor, não basta estabelecer a obrigatoriedade de elaboração de planos diretores, de leis do perímetro urbano ou do parcelamento do solo. É preciso que se criem instrumentos que possibilitem a efetiva fiscalização, *in loco*, da executoriedade de tais instrumentos por parte do Poder Público municipal, a fim de que se evitem as distorções apontadas nos Anexos 5, 6 e 7 deste estudo, onde se verifica que, no ano de 2004, dos 5.560 municípios brasileiros, 1.205 não possuíam Lei de perímetro urbano; 3.703 não possuíam Lei do parcelamento do solo e 4.164 não possuíam Lei de zoneamento ou equivalente.

Embora a Constituição Federal, o Estatuto das Cidades e o Código Civil tenham contribuído para a melhoria do sistema de propriedade urbana no país, existe, ainda, a necessidade de uma melhor adequação de suas normas no sentido de garantir o tão

almejado desenvolvimento das cidades, de modo a assegurar o bem-estar de seus habitantes.

Uma vez que o legislador constitucional de 1988, acertadamente, optou pela necessidade de tratar de modo distinto as políticas urbana e agrícola, faz-se necessário que a legislação municipal defina, de modo claro e preciso, os limites entre os espaços urbano e rural e exija seu efetivo cumprimento, a fim de possibilitar que a propriedade urbana cumpra sua função social, sem distorções. O que é urbano, é só urbano.

Sendo assim, entendemos, conforme aqui se propôs, ser necessária a reformulação da legislação federal, mormente do Decreto-lei n. 311/1938, a fim de que se estabeleçam limites territoriais para as zonas urbanas e rurais dos respectivos municípios.

Obviamente que, com isso, não se deseja retirar a autonomia municipal, nem se pretende retornar ou propor a idéia de um Estado intervencionista, nos moldes implantados no país no último século, onde a União possuía discricionariedade ilimitada; nem, muito menos, limitar o desenvolvimento dos municípios e das cidades brasileiras. Deseja-se, apenas, que o Poder Público municipal cumpra o papel que dele se espera, desenvolvendo e fazendo cumprir uma política urbana que ordene o desenvolvimento da cidade, sem olvidar do bem-estar de seus habitantes. E, com absoluta certeza, desenvolvimento não pode ser confundido com crescimento desordenado e/ou a qualquer custo da zona urbana em detrimento da rural. Desenvolvimento sustentado e que garante o bem-estar dos seus habitantes requer harmonia entre as zonas urbana e rural.

Anexo 1 – Número de municípios segundo classes de tamanho da população.

Tamanho da população em número de habitantes	Municípios (ano 2001)		Municípios (ano 2004)	
	Quantidade	%	Quantidade	%
até 5.000	1.371	24,7	1.359	24,5
de 5.001 a 20.000	2.688	48,3	2.631	47,3
de 20.001 a 100.000	1.275	22,9	1.317	23,7
de 100.001 a 500.000	194	3,5	219	3,9
mais de 500.000	32	0,6	34	0,6
Total	5.560	100,0	5.560	100,0

Fonte: IBGE. Diretoria de Pesquisas. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Pesquisa de Informações Básicas Municipais.

Anexo 2 – Desenvolvimento das populações urbana e rural de 1940 a 1996, no Brasil, em número de habitantes.

	População Total	População Urbana			População Rural		
			%	Incremento		%	Incremento
1940	41.236.315	12.888.182	31,2		28.356.133	68,8	
1950	51.944.397	18.782.891	36,1	4,9 %	33.161.506	63,9	(4,9 %)
1960	70.070.457	31.303.034	44,7	8,6 %	38.767.423	55,3	(8,6 %)
1970	93.139.037	52.084.984	55,9	11,2 %	41.054.053	44,1	(11,2 %)
1980	119.002.706	80.436.409	67,6	11,7 %	38.566.297	32,4	(11,7 %)
1991	146.825.475	110.990.990	75,6	8,0 %	35.834.485	24,4	(8,0 %)
1996	157.070.163	123.076.831	78,4	2,8 %	33.993.332	21,6	(2,8 %)

Fonte: IBGE. Diretoria de Pesquisas. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Pesquisa de Informações Básicas Municipais.

Anexo 3 – Número de municípios por Grandes Regiões e Unidades Federativas.

Grandes Regiões e Unidades Federativas		Municípios (ano 2001)		Municípios (ano 2004)	
		Quantidade	%	quantidade	%
Quantidade Total da Federação		5.560		5.560	
Norte	Total	449	8,1	449	8,1
	Rondônia	52	11,6	52	11,6
	Acre	22	4,9	22	4,9
	Amazonas	62	13,8	62	13,8
	Roraima	15	3,3	15	3,3
	Pará	143	31,8	143	31,8
	Amapá	16	3,6	16	3,6
	Tocantins	139	31,0	139	31,0
Nordeste	Total	1.792	32,2	1.792	32,2
	Maranhão	217	12,1	217	12,1
	Piauí	222	12,4	222	12,4
	Ceará	184	10,3	184	10,3
	Rio Grande do Norte	167	9,3	167	9,3
	Paraíba	223	12,4	223	12,4
	Pernambuco	185	10,3	185	10,3
	Alagoas	102	5,7	102	5,7
	Sergipe	75	4,2	75	4,2
	Bahia	417	23,3	417	23,3
Sudeste	Total	1.668	30,0	1.668	30,0
	Minas Gerais	853	51,1	853	51,1
	Espírito Santo	78	4,7	78	4,7
	Rio de Janeiro	92	5,5	92	5,5
	São Paulo	645	38,7	645	38,7
Sul	Total	1.188	21,4	1.188	21,4
	Paraná	399	33,6	399	33,6
	Santa Catarina	293	24,7	293	24,7
	Rio Grande do Sul	496	41,7	496	41,7
Centro-Oeste	Total	463	8,3	463	8,3
	Mato Grosso do Sul	77	16,7	77	16,7
	Mato Grosso	139	30,0	139	30,0
	Goiás	246	53,1	246	53,1
	Distrito Federal	1	0,2	1	0,2

Fonte: IBGE. Diretoria de Pesquisas. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Pesquisa de Informações Básicas Municipais.

Anexo 4 – Distribuição da população urbana e rural segundo classes de tamanho de população – Ano 2000.

Distribuição percentual da população		Tamanho da população em % de n. de habitantes							
		Total	Até 5.000	De 5001 a 10.000	De 10.001 a 20.000	De 20.001 a 50.000	De 50.001 a 100.000	De 100.001 a 500.000	Mais de 500.000
Brasil	urbana	81.2	50.1	54.2	56.4	66.3	81.2	94.5	98.0
	rural	18.8	49.9	45.8	43.6	33.7	18.8	5.5	2.0
Região Norte	urbana	69.9	54.9	49.3	43.2	52.5	65.1	88.0	99.4
	rural	30.1	45.1	50.7	56.8	47.5	34.9	12.0	0.6
Região Nordeste	urbana	69.0	42.4	46.8	46.3	54.0	69.8	89.1	99.2
	rural	31.0	57.6	53.2	53.7	46.0	30.2	10.9	0.8
Região Sudeste	urbana	90.5	61.0	62.7	68.8	79.8	90.4	96.6	97.4
	rural	9.5	39.0	37.3	31.2	20.2	9.6	3.4	2.6
Região Sul	urbana	80.9	38.9	50.6	63.9	79.2	87.3	95.3	98.6
	rural	19.1	61.1	49.4	36.1	20.8	12.7	4.7	1.4
Região Centro-Oeste	urbana	86.7	59.8	64.0	70.6	80.6	92.0	96.9	97.3
	rural	13.3	40.2	36.0	29.4	19.4	8.0	3.1	2.7

Fonte: IBGE. Diretoria de Pesquisas. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Pesquisa de Informações Básicas Municipais.

Anexo 5 – Número de municípios por existência de legislação e instrumentos de planejamento urbano por Grandes Regiões e Unidades Federativas.

Grandes regiões e Unidades Federativas		Plano Diretor				Lei do Perímetro Urbano				Lei do Parcelamento do Solo				Lei de Zoneamento ou equivalente			
		2001		2004		2001		2004		2001		2004		2001		2004	
		Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Norte	Total	52	100,0	46	100,0	248	100,0	245	100,0	70	100,0	67	100,0	51	100,0	50	100,0
	Rondônia	6	11,5	5	10,8	30	12,1	26	10,6	18	25,7	16	23,9	18	35,3	13	26,0
	Acre	1	1,9	1	2,2	9	3,6	7	2,9	2	2,9	1	1,5	1	2,0	1	2,0
	Amazonas	6	11,5	8	17,4	22	8,9	18	7,3	6	8,7	3	4,5	4	7,8	2	4,0
	Roraima	3	5,8	1	2,2	6	2,4	5	2,0	2	2,8	1	1,5	4	7,8	3	6,0
	Pará	20	38,5	15	32,6	50	20,1	56	22,9	25	35,7	29	43,3	8	15,7	14	28,0
	Amapá	1	1,9	1	2,2	3	1,2	7	2,9	2	2,8	3	4,5	2	3,9	1	2,0
	Tocantins	15	28,9	15	32,6	128	51,7	126	51,4	15	21,4	14	20,8	14	27,5	16	32,0
Nordeste	Total	180	100,0	170	100,0	1.015	100,0	1.127	100,0	216	100,0	231	100,0	146	100,0	166	100,0
	Maranhão	18	10,0	8	4,7	63	6,2	37	3,3	21	9,7	9	4,0	13	8,9	10	6,0
	Piauí	15	8,3	6	3,5	180	17,7	193	17,1	15	6,9	8	3,5	8	5,5	6	3,6
	Ceará	44	24,5	49	28,8	140	13,8	164	14,5	41	19,0	50	21,6	29	19,9	30	18,1
	R. Grande do Norte	15	8,3	15	8,8	151	14,9	150	13,3	16	7,4	22	9,5	17	11,6	21	12,7
	Paraíba	13	7,2	15	8,8	80	7,9	106	9,4	17	7,9	19	8,2	8	5,5	12	7,2
	Pernambuco	16	8,9	20	11,8	134	13,2	153	13,6	35	16,2	40	17,3	25	17,1	34	20,5
	Alagoas	11	6,1	10	5,9	66	6,5	87	7,7	10	4,6	9	4,0	8	5,5	6	3,6
	Sergipe	5	2,8	4	2,4	29	2,9	63	5,6	6	2,8	10	4,3	3	2,0	5	3,0
	Bahia	43	23,9	43	25,3	172	16,9	174	15,5	55	25,5	64	27,6	35	24,0	42	25,3
Sudeste	Total	296	100,0	304	100,0	1.431	100,0	1.467	100,0	654	100,0	652	100,0	409	100,0	434	100,0
	Minas Gerais	82	27,7	95	31,3	676	47,2	728	49,6	247	37,8	260	39,9	104	25,4	127	29,3
	Espírito Santo	11	3,7	9	3,0	67	4,7	65	4,4	37	5,7	28	4,3	15	3,7	14	3,2
	Rio de Janeiro	37	12,5	33	10,8	69	4,8	55	3,8	59	9,0	57	8,7	57	13,9	50	11,5
	São Paulo	166	56,1	167	54,9	619	43,3	619	42,2	311	47,5	307	47,1	233	57,0	243	56,0
Sul	Total	400	100,0	395	100,0	1.092	100,0	1.119	100,0	725	100,0	737	100,0	568	100,0	639	100,0
	Paraná	111	27,8	82	20,8	354	32,4	351	31,4	261	36,0	246	33,4	233	41,0	241	37,7
	Santa Catarina	119	29,7	127	32,1	274	25,1	286	25,6	182	25,1	185	25,1	135	23,8	150	23,5
	Rio Grande do Sul	170	42,5	186	47,1	464	42,5	482	43,0	282	38,9	306	41,5	200	35,2	248	38,8
Centro-Oeste	Total	52	100,0	69	100,0	367	100,0	397	100,0	152	100,0	170	100,0	86	100,0	107	100,0
	Mato Grosso do Sul	3	5,8	7	10,1	63	17,2	71	17,9	35	23,0	40	23,5	15	17,4	20	18,7
	Mato Grosso	15	28,8	22	31,9	105	28,6	119	30,0	46	32,3	56	32,9	33	38,4	42	39,2
	Goiás	33	63,5	39	56,5	198	53,9	207	52,1	70	46,0	73	42,9	37	43,0	45	42,1
	Distrito Federal	1	1,9	1	1,5	1	0,3	-	-	1	0,7	1	0,7	1	1,2	-	-

Fonte: IBGE. Diretoria de Pesquisas. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Pesquisa de Informações Básicas Municipais.

Anexo 6 – Número de municípios por existência de legislação e instrumentos de planejamento urbano em relação ao total de municípios por Grande Região.

Número de município por Grandes Regiões	Plano Diretor				Lei do Perímetro Urbano				Lei do Parcelamento do Solo				Lei de Zoneamento ou equivalente			
	2001		2004		2001		2004		2001		2004		2001		2004	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Norte 449 municípios	52	11,6	46	10,2	248	55,2	245	54,5	70	15,6	67	14,9	51	11,3	50	11,1
Aumento de (%)	(1,4)				(0,7)				(0,7)				(0,2)			
Nordeste 1792 municípios	180	10,0	170	9,5	1015	56,6	1127	62,9	216	12,0	231	12,9	146	8,1	166	9,2
Aumento de (%)	(0,5)				6,3				0,9				1,1			
Sudeste 1668 municípios	296	17,7	304	18,2	1431	85,8	1467	87,9	654	39,2	652	39,1	409	24,5	434	26,0
Aumento de (%)	0,5				2,1				(0,1)				1,5			
Sul 1188 municípios	400	33,7	395	33,2	1092	91,9	1119	94,2	725	61,0	737	62,0	568	47,8	639	53,8
Aumento de (%)	(0,5)				2,3				1,0				6,0			
Centro-Oeste 463 municípios	52	11,2	69	14,9	367	79,2	397	85,7	152	32,8	170	36,7	86	18,5	107	23,1
Aumento de (%)	3,7				6,5				3,9				4,6			

Fonte: IBGE. Diretoria de Pesquisas. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Pesquisa de Informações Básicas Municipais.

Anexo 7 – Número de municípios por existência de legislação e instrumentos de planejamento urbano em relação ao número total de municípios da Federação.

Número total de municípios da Federação	Plano Diretor				Lei do Perímetro Urbano				Lei do Parcelamento do Solo				Lei de Zoneamento ou equivalente			
	2001		2004		2001		2004		2001		2004		2001		2004	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
5.560	980	17,6	984	17,7	4.153	74,7	4.355	78,3	1.817	36,7	1.857	33,4	1.260	22,7	1.396	25,1
Aumento de (%)	0,1				3,6				(3,3)				2,4			

Fonte: IBGE. Diretoria de Pesquisas. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Pesquisa de Informações Básicas Municipais.

Anexo 8 – Número de municípios por existência de legislação e instrumentos de planejamento urbano segundo classes de tamanho da população dos municípios.

Tamanho da população em número de habitantes	Plano Diretor				Lei do Perímetro Urbano				Lei do Parcelamento do Solo				Lei de Zoneamento ou equivalente			
	2001		2004		2001		2004		2001		2004		2001		2004	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Até 5.000	105	10,7	104	10,6	1.041	25,1	1.121	25,7	280	15,4	293	15,8	154	12,2	204	14,6
De 5.001 a 20.000	302	30,8	272	27,6	1.892	45,5	1.958	45,0	707	38,9	701	37,7	447	35,5	484	34,7
De 20.001 a 100.000	395	40,3	408	41,5	1.008	24,3	1.042	23,9	629	34,6	639	34,4	468	37,1	494	35,4
De 100.001 a 500.000	146	14,9	166	16,9	183	4,4	203	4,7	170	9,4	193	10,4	159	12,6	182	13,0
Mais de 500.000	32	3,3	34	3,4	29	0,7	31	0,7	31	1,7	31	1,7	32	2,6	32	2,3
Total	980	100,0	984	100,0	4.153	100,0	4.355	100,0	1.817	100,0	1.857	100,0	1.260	100,0	1.396	100,0

Fonte: IBGE. Diretoria de Pesquisas. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Pesquisa de Informações Básicas Municipais.

Anexo 9 – Estágio de elaboração dos Planos Diretores Municipais.

	Municípios com Obrigatoriedade	Planos entregues nas Câmaras Municipais	Em estágio final de elaboração no executivo (previsão de entrega até final de novembro de 2006.)	Em elaboração no executivo (outras etapas)	Não iniciado
BRASIL	1682	1130	196	297	60
	-	67,20%	11,65%	17,66%	3,57%
AC	5	3	1	1	0
	-	60,00%	20,00%	20,00%	0,00%
AM	28	17	5	6	0
	-	60,71%	17,86%	21,43%	0,00%
AP	3	2	0	1	0
	-	66,67%	0,00%	33,33%	0,00%
PA	85	84	0	1	0
	-	98,82%	0,00%	1,18%	0,00%
RO	17	11	0	6	0
	-	64,71%	0,00%	35,29%	0,00%
RR	1	1	0	0	0
	-	100,00%	0,00%	0,00%	0,00%
TO	10	4	2	3	1
	-	40,00%	20,00%	30,00%	10,00%
Região Norte	149	122	8	18	1
	-	81,88%	5,37%	12,08%	0,67%
AL	44	23	4	17	0
	-	52,27%	9,09%	38,64%	0,00%
BA	164	91	22	41	10
	-	55,49%	13,41%	25,00%	6,10%
CE	88	42	7	27	12
	-	47,73%	7,95%	30,68%	13,64%
MA	76	64	4	8	0
	-	84,21%	5,26%	10,53%	0,00%
PB	30	23	3	3	1
	-	76,67%	10,00%	10,00%	3,33%
PE	96	39	26	27	4
	-	41%	27%	28%	4%
PI	29	16	0	7	6
	-	55,17%	0,00%	24,14%	20,69%
RN	23	11	3	9	0
	-	47,83%	13,04%	39,13%	0,00%
SE	20	15	3	2	0
	-	75,00%	15,00%	10,00%	0,00%
Região Nordeste	570	324	72	141	33
	-	56,84%	12,63%	24,74%	5,79%
DF	1	1	0	1	0
	-	100,00%	0,00%	100,00%	0,00%
GO	58	27	5	26	0
	-	46,55%	8,62%	44,83%	0,00%
MS	21	20	1	0	0
	-	95,24%	4,76%	0,00%	0,00%
MT	21	15	0	6	0
	-	71,43%	0,00%	28,57%	0,00%
Região Centro-Oeste	101	63	6	33	0
	-	62,38%	5,94%	32,67%	0,00%
ES	32	21	4	7	0
	-	65,63%	12,50%	21,88%	0,00%
MG	185	128	53	0	4
	-	69,19%	28,65%	0,00%	2,16%
RJ	60	51	3	6	0
	-	85,00%	5,00%	10,00%	0,00%
SP	250	221	11	12	6
	-	88,40%	4,40%	4,80%	2,40%

Região Sudeste	527	421	71	25	10
	-	79,89%	13,47%	4,74%	1,90%
PR	101	57	15	25	4
	-	56,44%	14,85%	24,75%	3,96%
RS	121	93	12	12	4
	-	76,86%	9,92%	9,92%	3,31%
SC	113	50	12	43	8
	-	44,25%	10,62%	38,05%	7,08%
Região Sul	335	200	39	80	16
	-	59,70%	11,64%	23,88%	4,78%

Fonte: Ministério das Cidades – Secretaria Nacional de Programas Urbanos
(nov./2006.)

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Ordenações Filipinas*, Livro IV. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985. p. 822.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. II.
- ALVIM, Agostinho. *Da compra e venda e da troca*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961.
- AMADEI, Vicente de Abreu. *Urbanismo realista*. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006.
- AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. *Compromisso de compra e venda*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: RT, 1978.
- BARROS MONTEIRO, Washington. *Curso de direito civil – direito das coisas*. 37. ed., revista e atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 7.
- BENASSE, Paulo Roberto. *Direito de superfície e o novo código civil*. Campinas: Bookseller, 2002.
- BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito – lições de propedêutica jurídica*. 8. ed. São Paulo: Letras & Letras, 2002.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos civis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASADINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 4. ed. Brasília: Ed. UnB, 1992. 2 v.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando P. Baptista e Ariani B. Sudatti. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos; verificação técnica de Cláudio De Cicco. 10. ed. Brasília: Editora UnB, 1999.

CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. *Organização da cidade: planejamento municipal, plano diretor, urbanificação*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

CAVALCANTI, Nireu. *O Rio de Janeiro setecentista: a vida e a construção da cidade da invasão francesa até a chegada da corte*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Rideel, 2005.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

_____. A superfície no novo código civil. *Revista síntese de direito civil e processual civil*, Porto Alegre, n. 22, p. 99-105, mar./abr. 2003.

CRUZ E TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: RT, 1996.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Org.). *Estatuto da cidade* (comentários à lei federal 10.257/2001). São Paulo: Malheiros, 2002.

DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Org.). *Temas de direito urbanístico*. São Paulo: RT, 1987.

DE CICCO, Cláudio. *História do pensamento jurídico e da filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIANA, Antonio Gerardo. *La proprietà immobiliare urbana*. t. 1. Milano: Giuffrè Editore, 2005. 2 v.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Servidão administrativa*. São Paulo: RT, 1978.

_____. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

EID, A. *Os Caminhos da Terra*, ano 3, n. 22, p. 51, fev. 1994

FARIA, José Eduardo. *A crise constitucional e a restauração da legitimidade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1985.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Lições de direitos reais*. 2. ed. Lisboa: Quid Juris? Sociedade Editora, 1997.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina urbanística da propriedade*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

FREGNA, Roberto. *La pietrificazione del denaro: studi sulla proprietà urbana tra XVI e XVII secolo*. Bologna: Editrice CLUEB, 1990.

GARCIA, Maria (Coord.). *A cidade e seu estatuto*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Direitos reais*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1958.

HARADA, Kiyoshi. *Direito urbanístico: estatuto da cidade. Plano diretor estratégico*. São Paulo: Editora NDJ, 2005.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. *Monografia no curso de direito: trabalho de conclusão de curso*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

IHERING, Rudolf Von. *Teoria simplificada da posse*. São Paulo: Rideel, 2005.

LE GOFF, Jacques. *A civilização do ocidente medieval*. Bauru, SP: EDUSC, 2005.

LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. *Tratado encyclopedico compendiario, pratico e systematico dos interditos e remedios possessorios geraes e especiaes*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1867.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil - e outros escritos*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

LOPES, José Reinaldo Lima. *O direito na história*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

_____. *Teoria e prática da desapropriação*. São Paulo: Saraiva, 1999.

MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos especiais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

- MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, n. 51, p. 34-67, jul./set. 2004.
- MARX y ENGELS. *Obras Escogidas*. Madrid: Ed. Fundamentos, Madrid, 1977.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. São Paulo: RT, 2006.
- MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. (Org.). *Estatuto da cidade: lei 10.257, de 10.07.2001*. Comentários. São Paulo: RT, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: RT, 1991.
- _____. *Direito de construir*. 9. ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Adilson Abreu Dallari e Daniela Libório Di Sarno, com a colaboração de Joaquim da Rocha Medeiros Júnior e Paulo Grandiski. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MOTTA, Maria Clara Mello. *Conceito constitucional de propriedade: tradição ou mudança?* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1997.
- MUMFORD, Lewis. *A cidade na história*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- PELLERINO, Giovanni. *L'idea di proprietà*. Storia come evoluzione. Lecce: Pensa MultiMedia, 2004.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 4.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Obra fac-similar*. Brasília: História do Direito Brasileiro, 2004.
- PEREIRA, Luís Portella. *A função social da propriedade urbana*. Porto Alegre: Síntese, 2003.
- PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *A propriedade privada no direito romano*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Frabris Editor, 1998.
- PICAZO, Luis Díez e GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil: derecho de cosas y derecho inmobiliario registral*. Madrid: Editorial Tecnos, 1994. v. 3.
- PIRENNE, Henri. *As cidades da idade média*. 3. ed. [s.l.]: Publicações Europa-América, [s.d.].
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. v. 14.
- PORTO, Antônio Rodrigues. *Histórica urbanística da cidade de São Paulo (1554 a 1988)*. São Paulo: Carthago & Forte, 1992.

- PRADO JR., Caio. *História econômica do Brasil*. 35. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- REZENDE, Astolpho. *A posse e sua proteção*. 2. ed. São Paulo: Lejus, 2000.
- REZEK, Gustavo Elias Kallás. *O princípio da função social da propriedade imobiliária agrária na constituição federal de 1988*. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- RIBAS, Antonio Joaquim. *Acções possessórias*. São Paulo: Miguel Melillo, 1901.
- RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano*. 6. ed. São Paulo: RT, 2003.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 5.
- ROLNIK, Raquel. *O que é cidade*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 2004.
- _____. *A cidade e a lei*. 3. ed. São Paulo: Studio Nobel: FAPESP, 2003.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.
- SAULE JÚNIOR, Nelson; ROLNIK, Raquel. *Estatuto da cidade: novas perspectivas para a reforma urbana*. São Paulo: Pólis, 2001.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Tratado dos registros públicos*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1942. v. IV.
- SEVERINO, Joaquim Antônio. *Metodologia do trabalho científico*. 22. ed. São Paulo: Cortez, 2002.
- SILVA, José Afonso. *Direito urbanístico brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim. *Sociologia e direito: textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica*. São Paulo: Pioneira, 1999.
- VARGAS, Getúlio. *Diário – 1937/1942*. São Paulo: Siciliano/FGV, 1995.
- VEIGA, José Eli da. *Cidades imaginárias: o Brasil é menos urbano do que se calcula*. 2. ed. Campinas: Editores Associados, 2003.
- _____. *Nem tudo é urbano*. Disponível em: <cienciaecultura.bvs.br/scielo.php>. Acesso 07 jan. 2007.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 5.

VIAL, Sandra Regina Martini. *Propriedade da terra: análise sócio jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. *O parcelamento do solo urbano*. 1983. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito. Os meios do direito*. Tradução de Márcia V. M de Aguiar; verificação técnica de Ari Solon. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALD, Arnaldo. *Direito das coisas*. 11. ed. rev., aum. e atual. com a colaboração dos professores Álvaro Villaça Azevedo e Vera Fradera. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Obrigações e contratos*. 11. ed. rev, ampl. e atual. com. a colaboração de Semy Glanz. São Paulo: Saraiva, 1994.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José C. M. *Formação econômica do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

WILHEIM, Jorge. *Urbanismo no subdesenvolvimento*. Rio de Janeiro: Saga, 1969.