



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA

ANA CRISTINA FIGUEIREDO DE ARAÚJO

USUCAPIÃO E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

**BRASÍLIA
2010**

ANA CRISTINA FIGUEIREDO DE ARAÚJO

USUCAPIÃO E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília como pré-requisito
para conclusão do Curso de Direito.

Orientador: Prof. Marcelo de Barros Barreto

BRASILIA
2010

Aos meus avôs,

que tanto apreciavam as dádivas da natureza.

Neste momento, de celebrar a conclusão de mais uma etapa significativa em minha trajetória profissional, gostaria de agradecer primeiramente a Deus e a Nossa Senhora, fonte de vida, esperança e proteção, que sempre estão ao meu lado.

À minha família, em especial aos meus pais, Ivelise e Eratóstenes e, a minha irmã Ana Carolina por todo seu amor, carinho e compreensão. Nos momentos mais difíceis da minha vida é, principalmente, com eles que tenho a certeza de que estarão ao meu lado.

Ao meu orientador, Marcelo Barreto, pela acolhida e pelas sugestões e comentários oportunos feitos durante a realização deste trabalho.

Aos queridos professores do Curso de Direito que conseguiram ultrapassar a barreira pedagógica tornando verdadeiros amigos.

A graduação é uma ótima oportunidade de se fazer novos amigos e até mesmo de resgatar antigas amizades, às quais reencontramos. Agradeço a todos com quem convivi.

Aos meus amigos que acompanharam a minha correria do dia-a-dia da graduação, estando sempre disponíveis a me escutar e sempre dando uma palavra de carinho contribuindo para meu crescimento profissional: Thereza Racquel, Nara, Juliana, Guilherme, Luana, Isabela Alvez, Isabella Carvalho, Isabela Lins, Victor e Felipe.

A todos os amigos do Tribunal Regional Federal da 1ª. Região que direta ou indiretamente me deram força e apoio necessários para prosseguir.

RESUMO

Este trabalho busca compreender a realidade da usucapião no ordenamento jurídico nacional como forma de concretizar a função social quando se reconhece o direito à propriedade privada. Para tanto, se analisa a legislação e a doutrina brasileira, destacando-se alguns posicionamentos do judiciário. O estudo se inicia a partir de considerações relevantes acerca do conceito de posse e suas características, tratando, logo em seguida, de como a posse deve ser exercida em um bem para que atenda aos interesses da sociedade. Este segundo momento é composto por estudos que tratam do conceito e do aspecto histórico da função social da propriedade nas constituições nacionais, destacando-se quais são os principais meios de sua promoção em nível nacional, dando-se relevância para o instituto da usucapião, estudando-se a sua natureza, o seu fundamento e as suas modalidades no sentido de demonstrar como este mecanismo jurídico se configura como meio hábil à realização dos interesses sociais.

Palavras-chave: propriedade privada, posse, usucapião, função social

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 DA POSSE	10
1.1 DAS TEORIAS DA POSSE	11
1.2 A POSSE EM ROMA	11
1.3 TEORIA SUBJETIVA DA POSSE	13
1.4 TEORIA OBJETIVA DA POSSE	16
1.5 DA APLICAÇÃO DAS TEORIAS	21
1.6 DA NATUREZA JURÍDICA DA POSSE	22
1.7 DA CLASSIFICAÇÃO DA POSSE	23
1.7.1 POSSE DIRETA E POSSE ÍNDIRETA	23
1.7.2 POSSE JUSTA E POSSE INJUSTA	26
1.7.3 POSSE DE BOA-FÉ E POSSE DE MÁ-FÉ	27
1.7.4 POSSE NOVA E POSSE VELHA	28
2 DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	30
2.1 DOS FUNDAMENTOS DA FUNÇÃO SOCIAL	30
2.2 DA EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO SOCIAL NO BRASIL	35
2.3 DA APLICABILIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL	36
2.4 DA PREMIAÇÃO PELO CUMPRIMENTO DO DEVER SOCIAL	37
2.5 DAS SANÇÕES PELO DESCUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL	37
3 DA USUCAPIÃO	42
3.1 DO CONCEITO DE USUCAPIÃO	43
3.2 DA NATUREZA JURÍDICA E SUAS DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS	44
3.3 DOS FUNDAMENTOS DA USUCAPIÃO	46
3.4 DAS CONDIÇÕES ELEMENTARES À USUCAPIÃO	49
3.5 DAS ESPÉCIES DE USUCAPIÃO E SEUS CORRESPONDENTES REQUISITOS	52
3.5.1 DA USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA	53
3.5.2 DA USUCAPIÃO ORDINÁRIA	57
3.5.3 DA USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA	60
3.5.4 DA USUCAPIÃO ESPECIAL RURAL	65
3.5.5 USUCAPIÃO INDÍGENA	67
3.6 DA USUCAPIÃO E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	68
CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS	73

INTRODUÇÃO

O Brasil é um país de larga dimensão territorial e com bons fatores topográficos e climáticos em praticamente toda a sua extensão. Embora possua estas características, desde o seu descobrimento, até os dias atuais, enfrenta sérios problemas relacionados à sua ocupação, destacando-se entre eles o baixo aproveitamento do vasto solo nacional.

Este trabalho busca compreender o instituto da usucapião como sendo uma realidade legislativa que a população brasileira dispõe para defender os interesses sociais relativos à propriedade privada. Para tanto utilizará dos métodos funcionalista e comparativo da legislação e da doutrina nacional nos pontos que correspondam à atitude do homem perante a propriedade, independentemente de ser ou não seu titular.

A motivação do presente trabalho decorre da observação de constantes reclamações visualizadas em todo o país, principalmente pelos movimentos sociais ligados a terra. Tais queixas resumem-se essencialmente na forma que se encontra distribuído o território nacional, com a existência de propriedade urbanas e rurais, que, privilegiando de forma especulativa a elite nacional, impossibilita o restante da população de utilizar o solo como forma de garantir a sua subsistência.

A relevância do assunto aparece não só quando se observa a abrangência legislativa que o tema encontra, também como pela sua atualidade, e, principalmente, por ser questão de promoção de justiça social que, mesmo com todo o empenho despreendido pelo legislador, jamais encontrara êxito.

O cumprimento da função social da propriedade é averiguado conforme a natureza da posse nela exercida. Dessa forma, a posse está presente sempre que se analisam as atitudes humanas com um bem, e, por isto, será objeto de estudo neste trabalho.

Para entendê-la, o primeiro capítulo apresenta o seu conceito e a sua aplicabilidade atual amparados por um breve estudo de seu histórico, partindo da compreensão da posse no Império Romano, passando pelas teorias atualmente mais significativas e alcançando as suas influências no Direito brasileiro.

O interesse da sociedade no cumprimento do fim social do bem será alvo de estudo do segundo capítulo que demonstrará que o Estado, como guardião dos interesses de sua população, defende o direito à propriedade privada quando o proprietário exerce a sua posse de maneira satisfatória às expectativas da sociedade, e, em contrapartida, impõe sanções àqueles que não respeitam o fim social de sua propriedade.

O terceiro e último capítulo trata da usucapião como sendo a forma juridicamente reconhecida de premiar o possuidor que, embora não seja dono da propriedade, nela exerça sua posse observando o fim social ao qual a propriedade se destina. Esta análise se dará por meio comparativo de doutrinas e também de leis brasileiras vigentes e não vigentes no ordenamento jurídico atual.

1 DA POSSE

A necessidade de o homem ter em seu poder bens que propiciassem certa comodidade é antiga e geradora de disputas. As primeiras organizações sociais, não dispendo de regras racionais de convivência, eram regidas pelo que se conhece como “lei do mais forte”, onde aquele que desejava possuir um bem que estava sob o poder de um mais fraco, utilizava-se de sua força, combinada com razoável perícia para os padrões regionais da época, de modo a conseguir transferir o objeto como um todo para o seu comando.

Hoje o exercício de vontade é mundialmente regido por leis, sejam regionais, sejam mundiais, através de códigos, constituições, acordos, tratados, etc. Desta forma, o homem abriu mão da sua plena liberdade, não podendo mais agir conforme seus impulsos e seus instintos, passando a seguir normas de respeito mútuo, ou seja, não há mais a lei do mais forte, e sim o respeito pelo grupo social, que passa a ser regido por regras de conduta impostas a todos. Desta forma, restringe-se a liberdade de algumas ações a fim de proporcionar maior segurança a toda comunidade.

Observa-se desse conhecimento comum, que a disputa para realização de suas vontades foi e sempre será alvo de eternos conflitos, pois, cuida da concretização de desejos e necessidades.

Para se conseguir estabelecer tais normas, de forma que estas pudessem ser corretamente aplicadas, se fizeram necessárias a denominação e a delimitação para que se possa explicitar de forma adequada cada situação.

Tem-se como primeira referência de tentativa de delimitação dos estudos que tratam da relação entre o homem e o bem, aqueles realizados pelos juristas romanos, que vivenciaram enormes disputas acerca de a quem seria reconhecido o direito de exercer o domínio sobre os bens adquiridos no período das grandes conquistas, os quais originaram as conceituações acerca do que configuraria a propriedade, a posse e a detenção.

1.1 Das teorias da posse

O pretendido pelos romanos era a resolução dos conflitos. Visando alcançar este objetivo, estabeleceram-se os institutos da posse e da propriedade. A diferenciação entre estes direitos fora fixada em razão das situações condizentes com a época. Isto explica a enorme alteração do conceito de posse, propriedade e detenção sofrida ao longo do tempo, observados nas fases pré-clássica, clássica e pós-clássica romana uma vez que a própria realidade evoluía gradativamente.¹

1.2 A posse em Roma

Inicialmente, a posse era reconhecida quando verificada existência do senhorio e o que lhe dera causa, de modo que o possuidor de uma coisa excluiria plenamente o seu antecessor do exercício de algumas das disponibilidades inerentes ao bem. Enquanto na detenção, o detentor mantinha com o seu antecessor faculdades conjuntas sobre a coisa. Desta forma, a diferença entre possuidor e detentor se dava através da razão pela qual a pessoa estava com o domínio do bem, se esta razão seria capaz de transferir plenamente algumas das prerrogativas inerentes ao objeto, não importando para ambos os casos se estas eram muitas ou poucas.²

¹ VIANA, Marco Aurélio S. **Teoria e prática do direito das coisas**. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 7

² ALVES, José Carlos Moreira. **Posse – tomo I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 23

Reconhecendo-se a posse, os direitos inerentes ao domínio da coisa transportavam-se por completo para o novo possuidor, ao passo que, em se tratando de detenção, o detentor tinha a guarda do bem, mas não gozava de nenhuma proteção legal, usufruía do bem, mas sem nenhum respaldo legal.

Extrai-se desse estudo que a diferença crucial entre o instituto da posse e o da detenção consistia no justo título, como causa àquela relação física, que se empregava no primeiro, mas jamais no segundo.

Surge com isso o *corpus*, elemento objetivo, correspondente ao poder físico que uma pessoa exerce sobre determinada coisa,³ e que se perpetua na definição de ambos os institutos, conforme será descrito nos parágrafos que se seguem.

Com os ensinamentos de Labeão, jurista romano do período clássico, o fator vontade se tornou elemento necessário à posse,⁴ o que não retirava nenhuma característica da sua classificação anterior, apenas acrescia o elemento *animus*, fazendo necessário que o possuidor demonstrasse interesse em continuar possuindo.

³ ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 224

⁴ ALVES, José Carlos Moreira. **Posse – tomo I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 23

Sem desmerecer os estudos instrumentalizados no direito canônico, o fato é que os conceitos surgidos na fase clássica romana, são, até hoje, os mais discutidos e aceitos ao se tentar configurar a posse, eis que as duas teorias atualmente mais relevantes, conhecidas como Teoria Subjetiva e Teoria Objetiva da Posse, carregam consigo os elementos traçados pelos juristas romanos, quais sejam eles o *corpus* e o *animus*.⁵

1.3 Teoria Subjetiva da Posse

O famoso estudioso do Direito Romano, Friedrich Carl Von Savigny, em 1803, com apenas 24 anos, publicou o “Tratado da Posse”. Estudos que tratavam sobre o que era a posse e quais desdobramentos a mesma acarretaria, o que pretendia ser uma releitura do que este instituto representava à época do Império Romano.⁶

Sob a ótica da influencia da posse no mundo jurídico, Savigny concluiu que tal instituto acarretaria apenas em dois efeitos legais, que independiam de qualquer ligação perante à propriedade, os quais seriam os Interditos Proibitórios e a Usucapião. Desse modo, tendo-se reconhecida a posse, ela poderia gerar a proteção legal do bem em questão, ou até mesmo a sua efetiva aquisição.⁷

Com base na evolução natural de seus estudos, dentre os vários aspectos analisados, destaca-se a teoria que fora apresentada, hoje conhecida como “Teoria Subjetiva da Posse”, a qual pregava que para reconhecer-se a posse, era necessaria a existencia de dois elementos, o *corpus* e o *animus domini*.

⁵ VIANA, Marco Aurélio S. **Teoria e prática do direito das coisas**. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 7

⁶ ALVES, José Carlos Moreira. **Posse – tomo I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 208-209

⁷ ALVES, José Carlos Moreira. **Posse – tomo I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 211

O primeiro consistia no poder físico exercido pela pessoa sobre o bem, representando o elemento material, o que corresponde ao fato de que aquele que possui o poder físico perante a coisa, pode realizar com ela o que desejar, “possibilitando a sua imediata oposição em face de terceiros”.⁸

Por sua vez, o *animus domini* correspondia ao elemento intelectual equivalente à vontade de se tornar dono, proprietário. Este elemento era tido como presente quando da observação de que o pretense possuidor agia com a coisa como se fosse o seu real proprietário, mesmo sabendo que não era.⁹

Diante disso, é relevante estabelecer a diferença entre *animus domini* com o *opinio domini*, pois este segundo crê que é de fato o proprietário, distinguindo-se do primeiro que apenas possui o desejo de se tornar, sem pensar que seja.¹⁰

Dessa forma, para Savigny, se faltar algum dos seus dois elementos essenciais, não se configura a posse. O *animus domini* sem o *corpus* se trata apenas de um desejo, da vontade de ser dono de alguma coisa determinada. E o mesmo se diz do *corpus* que vier desacompanhado do *animus*, será conhecido como mera detenção, pois trata-se apenas de uma realidade factual, mas sem o anseio de um dia se tornar proprietário. Qualquer dessas situações se contraporia à posse civil.¹¹

⁸ ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 224

⁹ VIANA, Marco Aurélio S. **Teoria e prática do direito das coisas**. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 8

¹⁰ ALVES, José Carlos Moreira. **Posse – tomo I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 212

¹¹ ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 224

“Não basta o *corpus*, como não basta o *animus*. “*Adipiscimur possessionem corpore et animus; nec per se corpore, nec per se animo*”. Se não existe a vontade de ter a coisa como própria, haverá a simples detenção”¹²

Muito embora Savigny julgasse primordial a presença do *animus domini* à caracterização da posse, por se tratar de um exímio romanista, fora forçado a admitir que se reconhecia a posse a determinadas pessoas, ainda que não manifestassem qualquer desejo de se tornarem donas dos objetos com os quais mantinham relação de domínio. Entretanto, receberiam as mesmas proteções legais que cabiam àqueles que demonstravam os dois elementos essenciais.¹³

Diante desta contradição, Savigny apresentara o conceito de posse derivada. Nela, o domínio dos credores pignoratícios, precaristas e depositários de coisas litigiosas encontra amparo, pois, embora não haja *animus domini*, a razão pela qual se estabelecia o vínculo físico, a limitação recaída perante estes personagens e, sobretudo, a necessidade de proteção daquela situação fática, foram fatores que obrigaram o pretor romano, a reconhecer a necessidade de conceder proteção possessória, a fim de que se pudesse conservar a coisa que lhes fora confiada. O mesmo aconteceu ao seu estudioso.¹⁴

Postas as considerações acima, conclui-se que Savigny adotava a Teoria Geral da Posse como sendo a junção dos elementos *corpus* e *animus domini*, mas também reconhecia o direito de posse, ao que chamava de derivada, onde os motivos desta situação fática ocorriam e justificavam a concessão de meios hábeis a protegê-la diante de manifestações de terceiros.

¹² GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 18

¹³ ALVES, José Carlos Moreira. **Posse – tomo I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 212

¹⁴ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 19.

Os adeptos ao subjetivismo de Savigny, por exigirem o *animus domini*, ressaltados os casos da posse derivada, caracterizam como sendo meros detentores do objeto, quaisquer pessoas que mesmo possuindo título que justifique o exercício do *corpus*, não demonstrem qualquer interesse em tornarem-se donos, não importando se os mesmos estão com a coisa por que assim desejam, ou apenas por questões da situação a eles presente.¹⁵

1.4 Teoria Objetiva da Posse

Outro famoso estudioso romanista, o alemão Ihering, anos após a publicação da Teoria Subjetivista, apresenta ao mundo jurídico novas afirmativas acerca do que consistia e onde a posse poderia ser encontrada. Ihering enxergava a posse como sendo também a junção de dois elementos, o *corpus* e o *animus*, que apesar de coincidirem em sua nomenclatura, divergiam da conceituação apresentada por Savigny.¹⁶

A Teoria Objetiva discretamente se anunciara como se o seu principal intuito fosse simplificar os estudos e conceituações acerca dos Direitos Reais, de modo que a sua primeira contribuição fora expurgar qualquer dúvida inerente à diferenciação entre posse e propriedade.¹⁷

¹⁵ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 19.

¹⁶ VIANA, Marco Aurélio S. **Teoria e prática do direito das coisas**. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 9

¹⁷ ALVES, José Carlos Moreira. **Posse – tomo I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 221

A necessidade de se clarear essa distinção deriva da presunção de que aquele que está em poder da coisa seja de fato seu dono. Sendo este fato verdade, retira-se a utilidade de se estabelecer a diferenciação. Entretanto, a separação conceitual destas situações tem sua importância comprovada quando se percebe que o bem não se encontra sob a tutela de seu proprietário, o que ocorre com facilidade.¹⁸

Casos de locação de um bem, independentemente do mesmo ser móvel ou imóvel, caracterizam com facilidade o reconhecimento de que um bem que pertence à determinada pessoa não está com ela. Neles, o proprietário, por meio de contrato, cede temporariamente alguns de seus poderes relacionados à coisa em questão a um terceiro, no caso, ao locatário.

Assim, as oposições que antes podiam ser reclamadas apenas pelo proprietário, agora poderiam também ser opostas pelo locador, sendo possível a este, opor-se inclusive a turbações provocadas pelo proprietário.

Sendo assim, a proteção à posse seria o exercício do direito adquirido no momento de aquisição da propriedade. Em última análise, seria a defesa do próprio direito real de propriedade. Segundo Finzi apud Alves, “a posse é a aparência de um direito, e, juridicamente, a proteção da posse é a defesa avançada, mais rápida e menos sólida, do direito a ela correspondente.”¹⁹

¹⁸ ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 225

¹⁹ ALVES, José Carlos Moreira. **Posse – tomo I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 224

Nesse sentido, observa-se em Orlando Gomes, quando estuda a Teoria de Ihering: “Em suma, considerada em sua relação com a propriedade, a posse apresenta-se como elemento indispensável ao proprietário para a utilização econômica da coisa. Em consequência, a noção de propriedade acarreta necessariamente o direito do proprietário à posse.”²⁰

Apesar de sua primeira obra referir-se essencialmente à diferenciação entre posse e propriedade, a mesma já apresentava questionamento sobre a necessidade do elemento vontade para que se caracterizar a posse.²¹

Com a evolução de suas publicações, Ihering apresenta a posse como sendo a “exteriorização da propriedade e dos poderes a ela inerentes”, sendo relevante somente a verificação da utilização da coisa para os fins econômicos aos quais ela se destinava.²²

Um dos principais questionamentos que Ihering faz à Teoria Subjetiva refere-se ao elemento psíquico, também tratado como elemento subjetivo. Preliminarmente, estabeleceu o que seria a diferenciação entre o *animus domini* concreto, defendido por Savigny, do *animus domini* abstrato, que seria o aplicado no Direito Romano.

²⁰ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 21

²¹ ALVES, José Carlos Moreira. **Posse – tomo I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 225

²² ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 225

O *animus domini* abstrato ocorria por meio de vinculação legal, quando lhe fosse concedido um título reconhecendo a posse, demonstrando a *causa possessionis*. Ou seja, a aceitação legal de que houvesse posse gerava a presunção de que o possuidor mantinha o desejo de torna-se dono, de forma que o *animus domini* era caracterizado, ainda que a vontade do possuidor não fosse de fato esta.²³

Tal situação contrapunha a Teoria Subjetiva, pois o *animus domini* pretendido por Savigny requeria do possuidor a vontade real de tornar-se dono, o que na prática independeria de qualquer documento.

Diante desta antítese, Ihering, em 1899, publica seu livro *Der Besitzwille*, onde reconhece o risco de desfazer todo o prestígio que havia acumulado durante os anos que dedicara à ciência do Direito, apresentando a Teoria Objetiva da Posse, conforme o próprio a havia batizado.²⁴

²³ ALVES, José Carlos Moreira. **Posse – tomo I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 225 a 227

²⁴ ALVES, José Carlos Moreira. **Posse – tomo I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 227 e 228

O ponto inovador, e mais polêmico, na Teoria Objetiva de Ihering consistia na substituição do *animus domini* pela *affectio tenendi*,²⁵ entendendo-se esta última como em se tratando da vontade de estar com a coisa, jamais confundida com a vontade de se tornar dono. Situação que facilmente se reconhece por meio de um contrato de locação de patins para gelo, onde o locatário deseja dispor do bem por determinado período de tempo, sem que se torne efetivo dono dos patins. Ressalvando-se o fato de que para se reconhecer a posse basta apenas o *corpus* somado à *affectio tenendi*, não impede que também se verifique a existência do *animus domini*.

Ihering também levava para a Detenção o mesmo *corpus* e a *affectio tenendi* constantes da posse, diferenciando-as quando da existência de fator legal que transmutasse a posse em detenção.²⁶

Portanto, nota-se claramente as divergências quanto aos elementos constitutivos empregados pelas duas teorias, quando se observa que para Savigny, a posse se constituiria do poder físico sobre o objeto, *corpus*, somado à intenção de tornar-se proprietário, *animus domini*. Já para a Teoria Objetiva, bastava que se apresentasse o *corpus* e a *affectio tenendi*.

Para Ihering, o simples fato de se notar que o bem está submetida à vontade da pessoa, já é suficiente para concluir a vontade do possuidor estar com a coisa, portanto, subtendida ao *corpus* fica a *affectio tenendi*.²⁷

²⁵ ALVES, José Carlos Moreira. **Posse – tomo I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 228

²⁶ ALVES, José Carlos Moreira. **Posse – tomo I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 230

²⁷ ALVES, José Carlos Moreira. **Posse – tomo I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 231

Neste sentido, a detenção para os subjetivistas, configura-se em todas as situações onde se tem o *corpus*, mas não o *animus domini*, ao passo que para Ihering, a detenção existiria quando a lei impedisse o reconhecimento da posse, muito embora houvesse o domínio sobre a coisa juntamente com o desejo de que assim fosse.²⁸

1.5 Da aplicação das teorias

Demonstração clara e atual de onde cada teoria foi aplicada é a comparação do Código Civil argentino com o Código Civil brasileiro.

Para os argentinos, aquele que exercer poderes físicos perante o objeto, mas reconhecer a propriedade a outrem, como é o caso de comodatários, locatários, configura-se apenas como detentor, de forma que mesmo existindo um direito que ampare aquela detenção, trata-se apenas da representação de um direito pertencente ao proprietário, seguindo os ensinamentos subjetivistas do mestre Savigny.²⁹

O Código Civil brasileiro apresenta sua clara posição ao se observar o disposto em seu art. 1.196³⁰, quando considera possuidor a pessoa que exerce sobre o bem, de modo pleno ou apenas parcial, poderes correspondentes à propriedade.

²⁸ ALVES, José Carlos Moreira. **Posse – tomo I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 231

²⁹ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Posse e Propriedade**. 3.ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2003, p. 13

³⁰ Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Esse artigo explicita que o normativo brasileiro adota a linha objetiva, tendo que o *animus* seria característica intrínseca a determinado exercício do corpus, de tal sorte que a posse no Brasil se verifica de acordo com o modo como o possuidor se comporta perante a coisa, ou seja, ainda que reconheça o direito de propriedade a outrem, o possuidor interage com a coisa como se dono fosse e, por isto, possibilita o reconhecimento da posse a personagens como o locatário e o comodatário.³¹

1.6 Da natureza jurídica da posse

Divergências remanescentes da própria evolução da conceituação da posse apresentam-se também no tocante à sua classificação no que se refere à sua natureza, uma vez que a mesma, por vezes, foi encarada pura e simplesmente como um fato, pensamento que fora substituído pela discussão entre tratar-se exclusivamente de um direito, ou de um fato somado a um direito.

Clóvis Beviláqua apud Alves, neste ponto segue o pensamento de Ihering, considera que a posse seja a exteriorização de alguns dos poderes inerentes à propriedade. Desta forma apresentam a posse como se tratando de um direito.³²

³¹ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Posse e Propriedade**. 3.ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2003, p. 13

³² ALVES, José Carlos Moreira. **Posse – tomo II**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 98

Por outro ângulo, Savigny encara a posse como um fato que pode tornar-se um direito, uma vez que se a mesma não se agregar a outro fato ou ato, não terá conseqüências jurídicas, ou seja, não provocando nenhuma alteração digna de um título que a refira, não passará de uma mera situação que, ao findar, não terá sido ventilada por qualquer documento jurídico.³³

1.7 Da classificação da posse

Independendo da linha que se opte por seguir, é conclusivo que a posse tem como marco inicial a situação fática, sendo também comum a todos os doutrinadores que o modo como o poder é exercido sobre o bem é fator determinante das conseqüências jurídicas que o mesmo pode gerar.

Diante da relevância que tem a forma como se adquiriu ou como se exerceu a posse é que, tanto pela doutrina quanto pela legislação, se faz a classificação das diversas formas como esta se apresenta, sendo principais as que distinguem a posse como: direta ou indireta, justa ou injusta, de boa ou de má-fé, posse nova e posse velha.

1.7.1 *Posse Direta e Posse Indireta*

A diferenciação entre Posse Direta e Indireta origina-se dos princípios romanos aplicados por Ihering em sua teoria objetiva. Através dela, compreende-se que o *ius possidendi* refere-se diretamente ao domínio, haja vista a existência de título que o consagre proprietário do bem. Por sua vez a mesma teoria destina o *ius possessioni* aos casos de posse, independente de haver ou não o reconhecimento do senhor do domínio.³⁴

³³ VIANA, Marco Aurélio S. **Teoria e prática do direito das coisas**. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 12

³⁴ LOPES, Miguel Maria Serpa. **Curso de Direito Civil Vol. VI** .3. ed. São Paulo:Freitas Bastos, 1964, p. 125 e 126.

Postas essas explicações o comum é que ambas situações estejam unidas, mas quando elas se apresentam cada qual em personagens distintos, a posse, antes plenamente exercida pelo proprietário, se divide no nosso objeto de estudo atual em Posse Direta e Posse Indireta.

Com a presença de dois personagens, cada qual portador de uma posse opoente à do outro, ensina Beviláqua que:

Estabelecida uma relação jurídica, em virtude da qual o direito ou obrigação de possuir caiba a uma pessoa que não possui, a título de propriedade, a relação possessória se desdobra, sendo directa para os que detêm a coisa e indirecta para os que lhe concedem o direito de possuir.³⁵

Inteligência igual é apresentada por Orlando Gomes ao afirmar que “posse direta é a que tem o não proprietário a quem cabe o exercício de uma das faculdades do domínio, por força de obrigação ou direito.”³⁶

Por conseqüência, ciente e concordando que os poderes inerentes à sua propriedade sejam exercidos por outrem, resta ao dono a posse indireta de sua coisa, pois embora esteja impedido de exercer algumas das faculdades de sua propriedade, o mesmo não as perdeu, muito pelo contrario, pois o fato de ceder os seus poderes conforme desejar, sob as condições que estabelecer e a quem lhe convier, é a demonstração cristalina de que está exercendo a sua vontade em relação à posse de seu bem.

³⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado – vol. III**, 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1942, p. 11 e 12.

³⁶ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 46

O atual Código Civil brasileiro, seguindo o pensamento de seus antecessores, não permite dúvidas quanto a essa colocação, quando se analisa o artigo 1.197, que dispôs que “A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto”.

Valendo-nos das palavras de Orlando Gomes e Nelson Rosenvald, a Posse Indireta seria para cada um deles respectivamente “a que o proprietário conserva quando se demite, temporariamente, de um dos direitos elementares do domínio, cedido a outrem seu exercício”³⁷, ou ainda “posse indireta é a que o proprietário conserva quando temporariamente cede a outrem o poder de fato sobre a coisa”.³⁸

Interessa observar que, para efeitos práticos, a posse indireta figura como uma posse que desvincula o caráter de domínio físico com a coisa, uma vez que este estará sendo exercido por quem tem-lhe reconhecida a posse direta, dizendo-se que seria uma posse que não carece do *corpus* para ser reconhecida, muito pelo contrario, necessita que este elemento esteja sendo manifestado por outro, trata-se de um poder fático, mas jamais corporal.³⁹

Ante o exposto, diz-se que a classificação quanto a posse ser direta ou indireta é cabível quando o proprietário do bem não se encontra em poder do mesmo, apenas em caráter temporário, cedendo a outrem a ligação direta que lhe é resguardada pelo aquisição da propriedade.

³⁷ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 47

³⁸ ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 238

³⁹ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Posse e Propriedade**. 3.ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2003, p. 23-25

1.7.2 *Posse Justa e Posse Injusta*

Nenhuma outra classificação se mostra tão necessária a obtenção dos efeitos jurídicos pretendidos, seja a defesa da manutenção de sua posse, ou ainda o reconhecimento da incidência da usucapião, quanto a que trata de determinar o que configura uma posse como justa ou injusta. Esta relevância é apresentada na própria descrição apresentada pelo art. 1.200 do Código Civil que determina com clareza o que constitui a Posse Justa.⁴⁰

De plano, conclui-se que qualquer posse em que se verifique a existência de violência, clandestinidade ou precariedade constituiria por exclusão a chamada Posse Injusta, ou seja, originada e/ou perpetuada em desacordo com o previsto em lei.⁴¹

Para se compreender exatamente o que seria a posse ora tratada, se faz necessário conhecer em que consiste cada uma das formas pela qual a posse passa a ser considerada injusta.

Posse violenta seria aquela que se adquire pelo emprego de força física, de modo que “uma vez que firmada a posse, a violência passiva, do que resiste contra o turbador ou esbulhador, ou ainda, activa, do que os repelle, e expulsa não constitui vício”.⁴²

⁴⁰ Art. 1.200. É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária.

⁴¹ BATISTA, Antenor. **Posse, Possessória, Usucapião e Ação Recisória**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p.12

⁴² BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado – vol. III**, 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1942, p. 15

Posse clandestina seria aquela adquirida sem que o legítimo possuidor tenha ciência de que está sendo esbulhado, ou seja, não há publicidade no seu exercício. Seria o caso em que o possuidor clandestino utiliza o bem às escuras, de forma que o mínimo possível de pessoas tomem conhecimento dela, a fim de que o possuidor legalmente reconhecido não venha a reclamá-la.⁴³

A última das possibilidades de se estabelecer uma posse injusta corresponde àquela tida como precária, que se verifica “quando tem por causa um abuso de confiança, por parte daquele que recebeu a coisa, para restituir e se recusa a fazê-lo.”⁴⁴

Ante as análises expostas, conclui-se que a Posse Injusta se configura através da existência exclusiva de alguma das três formas de posse acima descritas, podendo-se falar, que a chamada Posse Injusta se subdivide em três ramos distintos. Observa-se também que qualquer outra posse que não corresponda aos sub-ramos apresentados, será tida como Posse Justa, ou seja, todas as formas de posse que não apresentem violência, clandestinidade nem tão pouco precariedade, estarão dentro da classificação correspondente a posse tida como justa.

1.7.3 *Posse de Boa-fé e Posse de Má-fé*

Não obstante as classificações da posse quanto aos vícios materiais, facilmente detectados, a legislação nacional, bem como a doutrina que a estuda, adota também meios subjetivos de diferenciação, tendo-se como melhor exemplo disto a determinação da posse quanto ao modo como ela é exercida, podendo sê-la de boa, ou de má-fé.

⁴³ VIANA, Marco Aurélio S. **Teoria e prática do direito das coisas**. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 16

⁴⁴ LOPES, Miguel Maria Serpa. **Curso de Direito Civil Vol. VI**. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1964, p. 137

Posse de Boa-fé é aquela em que o possuidor acredita estar agindo sem prejudicar ninguém, de modo que havendo algum vício na posse, este seja desconhecido por parte de seu possuidor, conforme se encontra estampado nos arts. 1.201 e 1202 do nosso Código Civil⁴⁵. Ou seja, a posse de Boa-fé ocorre tanto para situações em que a posse seja justa, como para casos de posse injusta. O que resiste é que o possuidor seja ignorante quanto ao vício de seu exercício.⁴⁶

Do artigo 1.202 acima citado, conclui-se como sendo Posse de Má-fé, qualquer forma de posse que contrarie a que fora acima exposto. Nesta esteira, admite-se ser de Má-fé aquela posse mantida pelo seu executor, mesmo estando ele, ciente de que sua atitude em relação ao bem é carregado de vícios.

1.7.4 *Posse Nova e Posse Velha*

Finalizando a análise da classificação das posses, depara-se com as chamadas Posse Nova e Posse Velha, sendo que esta definição se utiliza essencialmente quando o exercício de posse sobre um determinado bem for causa de litígio judicial.

Tem-se por nova a posse cujo lapso temporal de seu exercício for inferior ao prazo de um ano e um dia, a contar da data da turbação ou esbulho até o dia da propositura da ação.⁴⁷

⁴⁵ Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa. Parágrafo único. 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.

Art. 1.202. A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente.

⁴⁶ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 41-42

⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro**, 4. ed. São Paulo, Ed. Saraiva, 2009, p. 82-83

Nesse sentido, Beviláqua comenta os arts. 507 e 508 do Código Civil de 1916:

Aquelle trata de posse de menos de anno e dia (posse nova) e este da posse de mais de anno e dia (posse velha). Na posse nova, entende-se a relação possessória ainda não firmada de modo seguro, terá o juiz de examinar os títulos e a duração della para resolver sobre a providencia a tomar. Na posse velha, a situação possessória já está, definitivamente, firmada, e o juiz a mantém, summariamente, sem excluir a acção possessoria ordinaria, que se possa, por ventura, prôpor.⁴⁸

Ressalta-se que tais conceitos claros nos arts. 507 e 508 do Código Civil de 1916, foram reproduzidos apenas de forma genérica pelo Código Civil de 2002, no art. 1.211, o que não reduziu a sua relevância para casos em que a haja discussão acerca de a quem recai o melhor direito sobre a coisa. Prova disto é o disposto no art. 927⁴⁹ do Código de Processo Civil que dispõe acerca das provas, que sob a responsabilidade do autor, devem ser apresentadas em juízo.⁵⁰

Do observado, entende-se que esta classificação direciona-se a casos em que ambas as partes militam em juízo pela defesa do exercício da posse, muito embora casos em que visualize a discussão que envolva esta classificação, não se restrinja unicamente à questão dos interditos possessórios, recaindo por vezes em reconhecimento da aquisição da propriedade tendo em vista o instituto da Usucapião.

⁴⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado – vol. III**, 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1942, p. 39

⁴⁹ Art. 927 - Incumbe ao autor provar:

I - a sua posse;

II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;

III - a data da turbação ou do esbulho;

IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.

⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 82

2 DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Mostrou-se no capítulo anterior a posse e suas características relativas aos anseios do particular para com o bem. Pode-se dizer que o que fora apresentado até então, corresponde a uma análise do instituto da posse quase que restritamente sob a ótica do direito privado, pois tratou, essencialmente, da ligação entre o homem e a coisa, sem fazer alusão mais específica ao impacto que o reconhecimento do fato jurídico posse ocasiona perante o resto da sociedade.

Entende-se como sendo de interesse do particular que os bens que estão sob sua tutela não sejam alvo de qualquer turbação ou esbulho. Para tanto o possuidor, independente de ser também proprietário do bem, pode lançar mão de ações e interditos possessórios, como forma de defesa ou prevenção.

O legislador brasileiro apresenta a defesa dos interesses do particular sem, contudo, se abster de assegurar o interesse da sociedade, uma vez que, como princípio geral do Direito, o interesse coletivo deve se sobrepor ao individual.

Sob esse ângulo, passa-se a estudar a função social do bem, pela qual se procura determinar e defender o interesse coletivo de uma sociedade em relação aos bens administrados pelo poder público ou mesmo por particulares.

2.1 Dos fundamentos da função social

O interesse social, comumente expresso pela junção de vários interesses de particulares, se mostra de extrema importância a ponto de ser encontrado, por diversos momentos no texto constitucional.

Meirelles ressalva que:

Interesse social não é interesse da Administração, mas sim da coletividade administrada. Daí por que os bens expropriados por interesse social, na maioria das vezes o são para trespassar aos particulares que lhes possam dar melhor aproveitamento ou utilização em prol da comunidade.⁵¹

Segundo palavras de Rogério Gesta Leal apud Chemeris, “a propriedade não se acha mais assegurada em toda a plenitude, mas em função do interesse social, sendo admitidas limitações estabelecidas em favor do bem-estar da sociedade”⁵²

Aqui, os interesses privados relativos a defesa da propriedade possuem o mesmo peso dos coletivos, o que novamente explica a relevância com que são tratados pela Constituição, uma vez que a própria sociedade enxerga na manutenção dos direitos privados a defesa de seus interesses. Neste aspecto, há sempre a expectativa de que cada ente formador da sociedade, em determinado momento, passe a figurar como particular.

⁵¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 491

⁵² CHEMERIS, Ivan Ramon. **A função social da propriedade**. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 57

Entretanto, o mesmo texto constitucional estabelece que ambos os direitos, privados e coletivos, só recebam a mesma medida quando os particulares exercerem de forma razoável e de acordo com a destinação da segurança que lhe é conferida. Ou seja, em se tratando da liberdade de fazer, a pessoa pode proceder conforme lhe convier desde que seus atos não prejudiquem a outrem, de forma que o mesmo direito que lhe garante a liberdade a seus atos, também garante aos demais o direito de não ser perturbado. Verifica-se então uma via de mão dupla, pois à mesma pessoa que se atribui o direito ativo de agir como queira, também é colocada no pólo passivo, uma vez que, é igualmente obrigada a manter seus atos num nível razoável a fim de que outros não sejam incomodados. Ou seja, o Direito restringe a liberdade individual quando esta se contrapõe à coletiva.

Tem-se assim que o fato de tornar-se dono de uma coisa, ao mesmo tempo que garante ao proprietário direitos e meios de defender seu bem, também traz consigo obrigações para com ele. “O fato de incidir sobre o direito de propriedade um preceito de função social, transforma-o também em dever.”⁵³

Para um perfeito seguimento do raciocínio é fundamental se esclarecer a diferença entre propriedade e direito de propriedade. A primeira refere-se ao bem, à coisa, ao passo que o segundo corresponde ao direito de dispor do bem, de utilização, assim como de defesa pelos meios legais ante a possíveis turbações ou esbulhos.⁵⁴

⁵³ CHEMERIS, Ivan Ramon. **A função social da propriedade**. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 71

⁵⁴ Código Civil de 2002: Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Feita essa diferenciação, observa-se que em se referindo à função social da propriedade está se falando de uma obrigação inerente ao bem, portanto, trata-se da função que a coisa deve exercer, do objetivo ao qual ela se destina, e que somente pode ser atingido quando o seu proprietário agir neste sentido.

A partir desse entendimento, Fachin considera que “a função social da propriedade corresponde a limitações fixadas no interesse público e tem por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção da reação anti-individualista.”⁵⁵

Desse modo, o comprador de uma propriedade tem que utilizar o seu bem, não podendo apenas mantê-lo sem que o mesmo seja minimamente aproveitado conforme a sua destinação e capacidade.

Do mesmo modo, Duguit apud Meirelles, afirmou que a propriedade é “um direito individual, mas um direito individual condicionado ao bem-estar da comunidade. É uma projeção da personalidade humana e seu complemento necessário, mas nem por isso a propriedade privada é intocável.”⁵⁶

⁵⁵ FOCHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 19

⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 482

Uma das descrições mais concretas de qual seria a função social da propriedade é apresentada no art. 186⁵⁷ da Constituição que, embora não dê a definição exata, indica quais os requisitos a serem observados para que se verifique se a propriedade rural está cumprindo a sua função social.

A mesma sorte não teve a propriedade urbana pois, no tocante a esta, a nossa Constituição limitou-se em seu art.182, §2º⁵⁸, a dizer que a função social da propriedade urbana é atingida quando esta cumpre os requisitos fundamentais exigidos no plano diretor do município em que se localiza. Isto possibilita que cada município estabeleça seu planejamento conforme as necessidades de sua população. Entretanto, o art.1.228 do Código Civil em seu primeiro parágrafo⁵⁹, defende o posicionamento de que as propriedades, sejam elas urbanas ou rurais, além do já descrito pela Constituição no art. 186, devem preservar também o patrimônio histórico e artístico aos quais podem estar relacionadas.

⁵⁷ **Art. 186** - A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

⁵⁸ **Art. 182** - A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

...

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

⁵⁹ Art. 1.228, §1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Ao visar a individualização de cada plano diretor, o constituinte provocou uma lacuna na determinação precisa de como se cumpre a função social de uma propriedade urbana. Por isto, para fins de definição, adota-se como função social da propriedade de modo geral, o conjunto de finalidades descritas no art.186, ou seja, deve-se realizar na propriedade o aproveitamento racional que vise o bem estar dos proprietários e de seus trabalhadores, bem como a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis de modo que se preserve o meio ambiente.⁶⁰

2.2 Da evolução constitucional da função social no Brasil

Como se viu acima, a Constituição de 1988 não só resguarda o direito de propriedade, como também estabelece que esta deverá atender à sua função social. O direito de defesa concedido pela Constituição ao particular por este ser proprietário será sempre garantido, desde que o dono utilize o bem de maneira condizente com a sua destinação.

Sob o ponto de vista histórico, o primeiro momento legislativo brasileiro importante correspondente a essa defesa, se deu através da Constituição Federal de 1946, a qual, em seu artigo 147⁶¹, admitiu que todos os direitos e defesas inerentes à propriedade correspondem igualmente à defesa dos públicos ou sociais.⁶² Esse mesmo entendimento foi mantido pela Constituição de 1967, em seu art. 150,§22, o qual tinha sua aplicabilidade no art. 157,§1º do mesmo texto.

⁶⁰ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Posse e Propriedade**. 3.ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2003, p.116-117

⁶¹ CF/1946: 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.
Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

A defesa dos direitos de propriedade, até então amplamente garantidas pela Constituição Federal, fora revogada em 1969 pelo Ato Institucional nº5, popularmente conhecido como AI-5, que deu nova redação a Constituição de 1967, revogando os direitos previstos nos artigos anteriormente citados. Com a edição, em 1988, da atual Constituição é que novamente se teve a defesa da propriedade, respaldada através do contido no art.5º, inciso XXII. Observa-se aqui, a influencia do sistema político vigente nos direitos individuais e coletivos.

A atual Constituição, além de dispor sobre a garantia da propriedade, também inovou ao apresentar em seu art. 5º, inciso XXIII, a determinação de que a propriedade deve obedecer a sua função social, incluindo estes preceitos no rol das garantias fundamentais, e ainda, através do art. 170, incisos II e III⁶³, apresenta ambos como sendo princípios da ordem econômica.

2.3 Da aplicabilidade da função social

Ultrapassando o caráter ideológico dos dispositivos constitucionais que determinam ao proprietário o exercício da função social de sua propriedade, bem como a descrição de como esta obrigação pode ser verificada, a Constituição apresenta os meios que podem ser utilizados na forma de prêmio a quem de fato utilizar de modo adequado sua propriedade, bem como sanção àqueles que descumprirem com este dever social.

§ 16 - 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.

⁶² LOPES, Miguel Maria Serpa. **Curso de Direito Civil Vol. VI**. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1964, p. 407

⁶³ Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade

2.4 Da premiação pelo cumprimento do dever social

Como forma de premiar o proprietário que exercita a função social de sua propriedade, a Constituição, através do art. 185, inciso II e parágrafo único⁶⁴, garante que o seu bem é insuscetível de desapropriação para fins de reforma agrária, sendo que esta propriedade produtiva será alvo de tratamento legislativo especial que fixará normas que auxiliem ao cumprimento do seu desempenho social.

2.5 Das sanções pelo descumprimento da função social

A função social, para o sistema legislativo brasileiro, não é uma questão apenas descritiva e não é apenas um conceito, mas uma das normas de maior relevância que, além de receber estímulo pelo seu cumprimento, também é seguida por uma sanção, como forma coercitiva pelo seu descumprimento. Quando a função social não é respeitada, o poder público poderá intervir, através dos meios jurídicos que dispõe, para exigir o seu cumprimento. Dentre os diversos mecanismos de caráter coercitivo, destacam-se a possibilidade de aplicação do imposto territorial urbano na sua modalidade progressiva e a desapropriação do bem.

A primeira modalidade de sanção por desrespeito à função social, o imposto progressivo, destina-se aos imóveis urbanos que, de acordo com o art. 156 da Constituição Federal, é da competência dos municípios instituí-los, de tal sorte que cabe aos mesmos entes determinar como e onde o IPTU incidirá de forma progressiva. Assim, é interessante se observar que a cobrança deste imposto é faculdade do município, da mesma forma que a progressão em sua cobrança também o é.

⁶⁴ Art. 185 - São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

II - a propriedade produtiva.

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

Entretanto, ressalva-se que o plano diretor que for estabelecido pelo município, por respeito a hierarquia legal, deve seguir as disposições da Lei Federal 10.257 de 2001, também conhecida como Estatuto das Cidades⁶⁵. Este plano diretor é quem define e caracteriza a função social da propriedade no âmbito do município que, por sua vez, buscará atender as necessidades dos cidadãos respeitando as diretrizes do art.2º da Lei supra citada.

Outra sanção que se faculta, quando não se cumpre a função social, como alternativa a possível sanção tributária do IPTU em caráter progressivo, é a desapropriação, medida mais agressiva que a primeira. É importante se destacar, que a desapropriação também está prevista para ocorrer em outras situações, mesmo quando a função social do bem é respeitada, ou seja, ela também ocorre sem que tenha o caráter punitivo.

A desapropriação também chamada de expropriação, consiste na transferência da propriedade privada para o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia e justa indenização quando verificados casos de utilidade, necessidade ou interesse social, conforme previsto nos artigos constitucionais.⁶⁶

É igualmente importante se destacar que a desapropriação não restringe sua aplicação às propriedades particulares, ou seja, os bens públicos também se mostram passíveis de serem desapropriados. Esta faculdade vem expressa no art. 2º do Decreto 3.365/41, o qual reconhece como possível pólo ativo de um processo de desapropriação a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal e Territórios.⁶⁷

⁶⁵ CASSONE, Vittorio. **Direito Tributário**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 366

⁶⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1998, p. 486

⁶⁷ DI PETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 178

Para que ocorra a desapropriação de bens públicos, a mesma terá que obedecer a hierarquia das entidades, sendo possível apenas a expropriação de bens públicos quando a mesma se der em escala descendente, de forma que os Estados, Municípios e Distrito Federal serão passíveis de desapropriação, já que estes podem figurar no pólo passivo da relação jurídica, sendo vedada a desapropriação de bens da União que somente poderá figurar como sujeito ativo.⁶⁸ Em se tratando de desapropriação de bem público, esta só pode ocorrer pelo Poder Público, jamais por uma pessoa, seja física ou jurídica.

Até o advento da Lei 10.257 de 2001, todos os processos que tratavam de desapropriação seguiam os ditames previstos no Decreto Lei 3.365 de 1941, vigorando até hoje alguns dispositivos que não foram revogados pela Lei de 2001. A nova lei viera para regulamentar o disposto nos arts. 182 e 183 da Constituição, estabelecendo as diretrizes gerais da política urbana. Embora tenha ocorrido essa evolução quanto às normas de desapropriação, a nova lei não especificou como se daria tal processo. Por esta omissão é que, ainda hoje, ambos normativos são concomitantemente aplicados, pois o Decreto trata da desapropriação de modo geral, ao passo que a lei destina-se aos imóveis urbanos.⁶⁹

⁶⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1998, p. 488

⁶⁹ DI PETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 173

A desapropriação pode ocorrer essencialmente sob duas hipóteses, quais sejam: a utilidade pública e o interesse social. O Decreto Lei 3.365 unifica a utilidade pública e a necessidade pública na primeira denominação⁷⁰. Tais casos são previstos no art.5º do referido decreto, enquanto os de interesse social foram inseridos através art.2º da Lei 4.132 de 1962, também conhecido como Estatuto da Terra.

Ensina Hely Lopes Meirelles que:

a necessidade pública surge quando a Administração defronta situações de emergência, que, para serem resolvidas satisfatoriamente, exigem a transferência urgente de bens de terceiros para o seu domínio e uso imediato”, sendo a utilidade pública reconhecida quando “a transferência de bens de terceiros para a Administração é conveniente, embora não seja imprescindível.⁷¹

Por sua vez, a terceira justificativa, ou seja, o interesse social, nos ensinamentos de Seabra Fagundes apud Di Pietro, ocorre

quando o Estado esteja diante dos chamados interesses sociais, isto é, daqueles diretamente atinentes às camadas mais pobres da população e à massa do povo em geral, concernentes à melhoria nas condições de vida, à mais equitativa distribuição da riqueza, à atenuação das desigualdades em sociedade⁷²

⁷⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1998, p. 494-496

⁷¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1998, p. 492

⁷² DI PETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 180

Uma forma especial de desapropriação resultante do desrespeito à função social, aparece quase como exceção aos ditames gerais. Por descumprimento da função social, o art. 243⁷³ da Constituição, que fora disciplinado pela Lei 8.257 de 1991, apresenta a possibilidade de desapropriação de propriedades onde sejam cultivadas plantas psicotrópicas. Para estes casos, a Constituição não somente determinou que a expropriação das terras se desse em caráter imediato, mas também que em momento algum se indenizasse o proprietário. Além disto, tais medidas não impedem a aplicação de quaisquer outras sanções que estejam previstas em lei.⁷⁴

Por suas características, alguns autores, como Hely Lopes Meirelles⁷⁵ equiparam a desapropriação por cultivo de plantas psicotrópicas ao confisco, pois a mesma se dá sem o pagamento da indenização.

⁷³ Art. 243 - As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

⁷⁴ DI PETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 171 e 173

⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1998, p. 498

3 DA USUCAPIÃO

Conforme visto no capítulo anterior, a desapropriação por interesse social, ou seja, pelo descumprimento da função social da propriedade se configura como uma das medidas mais drásticas tomadas pelo poder público em relação à desídia do particular para com a sua propriedade.

Entretanto, a transferência forçada de uma propriedade pode ocorrer não somente como medidas administrativas, a mesma também se verifica quando, em juízo, um particular requer declaração de usucapião, que consiste essencialmente no reconhecimento do domínio de um particular sobre um bem que embora não lhe pertencesse o utilizava de forma mansa e pacífica.

Essa utilização por outrem, muitas vezes decorrida de simples ocupação, é geradora de direito de posse sobre o bem, o que provoca um conflito entre o direito do possuidor, que exerce o poder de fato sobre a coisa, contra o direito do proprietário que por sua vez tem a seu favor um justo título que, salvo exceções, lhe garantiria o pleno exercício todas as faculdades inerentes à propriedade.

3.1 Do conceito de usucapião

“Usucapião é um dos modos de aquisição da propriedade e de outros direitos reais”. Desta forma, trata da transferência de propriedade e, portanto, da transferência dos direitos inerentes ao bem, acarretando a perda da coisa para o seu antigo proprietário e a aquisição para o adquirente.⁷⁶

Uma outra definição da usucapião é apresentada por Carvalho Santos ao citar Vampré: “o modo de adquirir a propriedade pela posse, continuada durante certo lapso de tempo, com requisitos estabelecidos na lei.”⁷⁷

Farias e Rosenthal explicam a usucapião unindo o conceito de posse ao fator tempo:

a posse é o poder de fato sobre a coisa; já a propriedade é o poder de direito nela incidente. O fato objetivo da posse, unido ao tempo – como força que opera a transformação do fato em direito – e a constatação dos demais requisitos legais, confere juridicamente a uma situação de fato, convertendo-a em propriedade. A usucapião é a ponte que realiza essa travessia, como uma forma jurídica de solução de tensões derivadas do confronto ente a posse e a propriedade, provocando uma mutação objetiva na relação de ingerência entre o particular e o objeto.⁷⁸

⁷⁶ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 144

⁷⁷ SANTOS, J. M. Carvalho. **Código Civil Brasileiro interpretado**. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1942, p. 426

⁷⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 274

Nesse sentido, é unânime na doutrina brasileira que, tomando emprestadas as palavras de Caio Mário, define a usucapião como sendo “a aquisição do domínio pela posse prolongada.”⁷⁹ Dois fatores essenciais à ocorrência deste instituto são: a posse e o seu exercício por determinado período de tempo, podendo virem acompanhados de outros requisitos estipulados em lei.

3.2 Da natureza jurídica e suas divergências doutrinárias

Beviláqua apresenta a usucapião como sendo a forma encontrada pelo legislador de fugir às discussões doutrinárias acerca da sua constituição, haja vista tratar-se, da junção da prescrição propriamente dita ou liberatória com a prescrição aquisitiva.⁸⁰ Desse entendimento, obtém-se o claro posicionamento deste mestre no tocante a considerar a usucapião como forma de prescrição aquisitiva de direitos.

⁷⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil vol. IV**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 118 e 119

⁸⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado – vol. III**, 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1942, p. 91

Esse posicionamento, por sua vez, é drasticamente combatido por Orlando Gomes⁸¹, Caio Mário⁸² e Serpa Lopes⁸³ dentre outros. Estes consideram o instituto da prescrição como sendo um modo de extinguir pretensões com base na inércia do sujeito de direito durante certo lapso temporal de modo a dissolver a obrigação, o que paralisaria o direito a ela correspondente sem que se fale em extinção da obrigação, mas somente da pretensão. Isto contrapõe a usucapião, que seria um modo de aquisição somente de direitos reais tendo por elemento essencial a posse continuada durante certo período de tempo, de modo a acarretar a extinção do direito do antigo proprietário ante a posição ativa protagonizada pelo pretense futuro proprietário.

Por outro lado, Farias e Rosenvald embora discordem da aplicação do termo prescrição aquisitiva para fins de definição quanto à natureza jurídica da usucapião, reconhece em razões históricas que tal locução fora consagrada pela doutrina nacional.⁸⁴

Vencida a discussão acima apresentada, a doutrina ainda mostra-se discordante, ora admitindo o instituto como sendo forma de aquisição derivada, ora como forma de aquisição originária.⁸⁵

⁸¹ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 144-145

⁸² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil vol. IV**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 118

⁸³ LOPES, Miguel Maria Serpa. **Curso de Direito Civil Vol. VI**. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1964, p. 541

⁸⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 273-274

⁸⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 233

A primeira corrente firma posicionamento na justificativa de que as aquisições derivadas ocorrem sempre que o direito a ser reconhecido a determinada pessoa pertencera anteriormente a outrem, havendo a transmissão de direitos entre pessoas distintas. Portando, para esta corrente, a usucapião corresponde a uma forma de aquisição derivada pois o direito usucapido fatalmente seria transferido de seu antigo proprietário para o real possuidor.⁸⁶

Para a segunda corrente, nas palavras de Adroaldo Furtado apud Gonçalves:

a usucapião é forma originária de adquirir: o usucapiente não adquire a alguém; adquire, simplesmente. Se propriedade anterior existiu sobre o bem, é direito que morreu, suplantado pelo do usucapiente, sem transmitir ao direito novo qualquer de seus caracteres, vícios ou limitações. Alias, é de todo irrelevante, do ponto de vista da prescrição aquisitiva, a existência ou não daquele direito anterior.⁸⁷

Entretanto, a exemplo de Ruggiero apud Lopes, há quem reconheça na usucapião uma forma de aquisição intermediária, colocando-a entre as duas teorias, pois os ônus que recaírem sobre a coisa usucapida terão de ser suportadas pelo novo proprietário.⁸⁸

3.3 Dos fundamentos da usucapião

Ver-se que a desídia do proprietário com a utilização de seu bem, a ponto que seja possível a outrem exercer sobre a coisa todas ou alguns poderes inerentes à propriedade, com ou sem a ciência do verdadeiro dono, é geradora de conflito entre os direitos de Posse e de Propriedade de determinado bem.

⁸⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil vol. IV**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 119

⁸⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 234

⁸⁸ LOPES, Miguel Maria Serpa. **Curso de Direito Civil vol. VI**. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1964, p. 544

Observa-se, então, que há a existência concomitante da passividade do proprietário em relação à sua propriedade e o exercício real de algumas das faculdades do bem por outrem que, em decorrência do tempo, lhe será reconhecida a posse.⁸⁹

Ante essa dualidade, Caio Mario⁹⁰ reconhece três correntes que se propõe a justificar a aplicação da usucapião. Embora seja preponderante, perante os demais doutrinadores, dar-se o reconhecimento apenas às Teorias Objetiva e Subjetiva.

Usando as palavras de Carvalho Santos⁹¹ para representar o posicionamento da teorias subjetivistas, a usucapião tem como fundamento “garantir a estabilidade e segurança da propriedade, fixando um prazo, além do qual não se podem mais levantar dúvidas, ou contestações a respeito.” Por isto remete a um duplo objetivo: “garantir, contra a falta de direito do alienante, o adquirente, que, com justo título e boa fé, houve a coisa transferida” e ainda de “suprir a ausência de título ao possuidor de boa fé, e sanar outros defeitos da aquisição.

Sobre a Teoria Subjetiva, Orlando Gomes apresenta uma interessante ressalva sociológica pois, para ele, é contra a própria natureza do homem renunciar a um direito que lhe é garantido somente porque dele não está usufruindo.⁹²

⁸⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, **Direitos Reais**, 6. ed. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Iuris, 2009, p.274

⁹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil vol. IV**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 120

⁹¹ SANTOS, J. M. Carvalho. **Código Civil Brasileiro interpretado**. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1942, p. 426-427

⁹² GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 146

A Teoria Objetiva, por outro lado, se fundamenta na defesa do interesse social da propriedade, pois, conforme fora discutido anteriormente, “a propriedade tem a função de promover o progresso e o bem estar da sociedade, conseqüentemente a sua paz social, de forma que o possuidor tem sua situação de fato regularizada para situação de direitos com a usucapião.”⁹³ Sobre isto, Bufnoir apud Lopes, se pronuncia da seguinte forma: “encarado sob êste aspecto,o usucapião pode ser admitido na lei sem vulneração aos princípios de justiça e equidade.”⁹⁴

Conforme fora dito antes, Caio Mario reconhece três correntes. Esclarece-se agora, que, em seu entendimento, o fundamento da Teoria Subjetiva configurava-se no abandono da coisa por seu antigo dono, o que provocaria a presunção de renúncia de seus poderes. Por outro lado, a teoria objetivista dizia que o fundamento para a usucapião consistia na segurança social e no aproveitamento econômico do bem. Por último, a terceira corrente, que não fora nomeada, mas que baseava a usucapião na necessidade de se atribuir certeza ao direito de propriedade.⁹⁵

⁹³ MANZO, Airosa Forestie. **Usucapião**. São Paulo: Vale do Mogi, 2001, p. 23

⁹⁴ LOPES, Miguel Maria Serpa. **Curso de Direito Civil Vol. VI**. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1964, p. 544

⁹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil vol. IV**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 120

3.4 Das condições elementares à usucapião

Ao se analisar qualquer dos conceitos apresentados pelos ilustres mestres acima citados, sobressai-se os seguintes elementos: posse, propriedade, tempo e aquisição. Porém, a própria doutrina ressalta outros elementos que não se apresentam com tamanha clareza no conceito, mas que são subentendidos quando a usucapião é analisada sob o aspecto processual. Embora seja unânime entre os doutrinadores que haja elementos essenciais a se observar em qualquer modalidade de usucapião, a mesma apresenta estes elementos sob distintas classificações a variar conforme o estilo individual de cada doutrinador. Ressalta-se, entretanto, que as duas classificações mais usuais são aquelas que classificam a usucapião como sendo formada por elementos objetivos e subjetivos, e a que apresenta a composição da usucapião por elementos reais, pessoais e formais.⁹⁶

Sem se prender a qualquer dessas classificações, encontra-se que são pressupostos essenciais à usucapião: o bem hábil a ser usucapido, justo título, boa-fé por parte do usucapiente, a posse exercida pelo lapso temporal mínimo previsto em lei e a sentença judicial que reconheça a usucapião⁹⁷, definidos a seguir.

Res habilis ou Coisa hábil é entendida para fins de usucapião como sendo qualquer bem que não esteja fora do comércio, não seja bem público, nem tão pouco bens clausulados como inalienáveis.⁹⁸

Titulus ou Justo título segundo Farias e Rosenvald⁹⁹ consiste no:

⁹⁶ PUGLIESE, Roberto J. **Direito das Coisas**. São Paulo: Leud, 2005, p. 220

⁹⁷ RODRIGUES, Silvio. **Direito das Coisas vol. V**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 107

⁹⁸ SALLES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de bens imóveis e móveis**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 82 a 90

instrumento que conduz um possuidor a iludir-se, por acreditar que ele lhe outorga a condição de proprietário. Trata-se de um título que, em tese, apresenta-se como instrumento formalmente idôneo a transferir a propriedade, malgrado apresente algum defeito que impeça a sua aquisição. Em outras palavras, é o ato translativo inapto a transferir a propriedade por padecer de um vício de natureza formal ou substancial.

Fides ou Boa Fé se verifica quando o usucapiente “ignora o vício, ou obstáculo, que lhe impede a aquisição da coisa ou do direito possuído.”¹⁰⁰

Posse mansa e pacífica, ou seja, quando o seu exercício não pode ser alvo de qualquer forma de oposição, de forma que aquele que não conheça de fato as escrituras da propriedade acredite que o possuidor seja realmente o proprietário.¹⁰¹ Feitas tais considerações, se conclui que para que a posse seja aproveitada à usucapião é necessário que a mesma seja justa. Entretanto, mesmo que o art. 1.208 do atual Código Civil não reconheça posse aos atos tidos como violentos ou clandestinos, apresenta a ressalva em contrário admitindo a posse quando tais vícios cessarem. De forma que embora o exercício da posse não tenha se iniciado de maneira adequada, quando os vícios que a maculam desaparecerem, a posse será reconhecida, inclusive para fins de usucapião. Restando, portanto, como único vício insanável a precariedade, pois a mesma jamais cessará.¹⁰²

⁹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 292

¹⁰⁰ RODRIGUES, Silvio. **Direito das Coisas vol. V**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 108

¹⁰¹ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.148

¹⁰² SALLES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de bens imóveis e móveis**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 72 e 73

Para que a posse já verificada como mansa e pacífica seja aproveitada para fins de usucapião é necessário que a mesma venha acrescida de *animus domini*, o que no presente caso corrensponde àquela posse exercida com desejo e crença de ser ou tornar-se proprietário do bem. Situação que, de plano, afasta a possibilidade de figuras como às dos detentores ou locatários exercerem a posse reconhecida como *posse ad usucapionem*, haja vista que no primeiro caso não há interesse do detentor em tornar-se dono, ao passo que em casos ordinários de locação já se sabe que ao findar o contrato, deverá se devolver a propriedade.¹⁰³

Tempo para fins de usucapião é o lapso temporal mínimo, estipulado pelo legislador, no qual o pretenseo futuro proprietário deve ter exercido sua posse sob o bem que se pretende usucapir.¹⁰⁴

Entretanto, o Código Civil em seu art.1.243¹⁰⁵ apresenta a possibilidade de unir o exercício de sua posse com o exercício de outro possuidor que não seja o proprietário, desde que ambos os exercícios de posse se respeitem os requisitos de mansidão e pacificidade.¹⁰⁶

¹⁰³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil vol. IV**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 121

¹⁰⁴ RODRIGUES, Silvio. **Direito das Coisas vol. V**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 110

¹⁰⁵ Art. 1.243. O possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a dos seus antecessores (art. 1.207), contanto que todas sejam contínuas, pacíficas e, nos casos do art. 1.242, com justo título e de boa-fé.

¹⁰⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 290

Por requisito final, tem-se a Sentença Judicial que reconheça a incidência da prescrição aquisitiva sobre a propriedade. Tal exigência é extraída do art. 1.238 do Código Civil que prevê a possibilidade de se requerer ao juiz a declaração de aquisição do bem mediante sentença que consiste em título hábil ao registro no Cartório de Imóveis.¹⁰⁷

3.5 Das espécies de usucapião e seus correspondentes requisitos

De modo amplo, diz-se que usucapião é a conquista do domínio através da posse prolongada sobre determinado bem. Ante esta afirmação, tem-se que o exercício da posse por determinado lapso temporal é essencial sempre que se pretender usucapir qualquer bem.

Entretanto, sendo um dos princípios gerais do Direito, o reconhecimento de que as circunstâncias específicas que diferenciam as situações de fato devem ser consideradas como forma de promoção da justiça social. A legislação brasileira reconhece que, embora todas as ações de usucapião busquem a aquisição da propriedade mediante o exercício da posse correspondente ao lapso temporal estipulado em lei, é necessário ponderar sobre a diferenciação presente em cada caso concreto das ações de usucapião.¹⁰⁸

¹⁰⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil vol. IV**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 127

¹⁰⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 286

A fim de estipular como cada situação deve ser tratada, a legislação nacional apresenta situações jurídicas distintas de se usucapir um bem. Dessa forma, foram estabelecidas as seguintes nomenclaturas para a usucapião: extraordinária, ordinária, especial rural, especial urbana e usucapião do índio. Ressalta-se que as modalidades extraordinária e ordinária são tidas como ações clássicas de usucapião, sendo estas essencialmente regidas pelo Código Civil. As demais modalidades apresentam-se melhor em leis extravagantes.¹⁰⁹

3.5.1 *Da usucapião extraordinária*

A doutrina é uníssona ao reconhecer no art. 1.238 do Código Civil de 2002 a modalidade de usucapião extraordinária. Este artigo prevê que

aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

O mesmo artigo, em seu parágrafo único, ainda afirma que “o prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.”

Da leitura do dispositivo supra apresentado se extrai os requisitos necessários ao reconhecimento desta espécie de usucapião, quais sejam: o exercício da posse contínua, mansa e pacífica exercida com *animus domini* pelo lapso temporal mínimo de dez ou quinze anos, conforme seja a utilização do bem.¹¹⁰

¹⁰⁹ PUGLIESE, Roberto J. **Direito das Coisas**. São Paulo: Leud, 2005, p. 218 e 219

¹¹⁰ SALLES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de bens imóveis e móveis**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 63

Orlando Gomes reconhece a sentença na ação de usucapião extraordinário como sendo apenas o meio hábil para se realizar o registro de propriedade, uma vez que a aquisição da propriedade se dera com o cumprimento dos requisitos apresentados pelo art. 1.238 do Código Civil. Muito embora seja a sentença meramente declaratória, o autor admite ser ela “necessária todavia para certificar a existência do direito do possuidor que se tornou proprietário.”¹¹¹

Quando o Código Civil estabelece que a posse para fins de usucapião deve observar, entre outros requisitos, a continuidade, o mesmo se refere à posse que é exercida sem que haja intervalos relevantes promovidos pelo possuidor no exercício de sua posse. Não se deve confundir, todavia, com determinação de que o usucapiente não pode se ausentar da propriedade sob pena de zerar a contagem do lapso temporal para a sua aquisição. De tal sorte é que o possuidor que ausentar-se uma única vez, mas por um período consideravelmente longo, terá de recomençar a contagem do lapso temporável para se usucapir tal propriedade, enquanto outro pode ausentar-se diversas vezes, mas por se tratarem de pequenos intervalos de tempo do exercício da posse, se considera como sendo uma posse contínua para fins de usucapião.¹¹²

¹¹¹ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.151

¹¹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 290

Outra questão interessante acerca da interrupção da contagem do prazo da usucapião se dá quando um terceiro se opõe àquela posse sem que antes complete o lapso temporal de dez ou quinze anos, à adequação de cada caso. Eis que a simples atitude de terceiro que obrigue ao possuidor, ainda que por ínfimo espaço de tempo, a ausentar-se da propriedade e também a tomar as medidas cabíveis para ter-lhe a posse reintegrada, não possui o condão de zerar o prazo da usucapião. Isto posto, se tais oposições não forem tidas como procedentes, ou não lograrem êxito inclusive por vias extrajudiciais, de modo que se o possuidor readquirira a posse da qual fora esbulhado, a interrupção inicialmente aceita, desaparece. Tal posicionamento se justifica “pois se assim não fosse até as ações ajuizadas com puro espírito de emulação impediriam o reconhecimento da prescrição”¹¹³ Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “ação possessória julgada improcedente não interrompe o prazo para a aquisição da propriedade pelo usucapião.”¹¹⁴

¹¹³ SALLES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de bens imóveis e móveis**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 65 a 67

¹¹⁴ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, CIVIL. USUCAPIÃO. CITAÇÃO DO POSSUIDOR EM AÇÃO POSSESSÓRIA. A ação possessória julgada improcedente não interrompe o prazo para a aquisição da propriedade pelo usucapião. Recurso especial não conhecido. *REsp*. 10385. Terceira Turma. Relator: Min. Ari Pargendler. Brasília, 11 de maio de 1999. Publicado em 14 de junho de 1999

Uma característica marcante nesta modalidade de usucapião é o reconhecimento do direito à propriedade independente da verificação de justo título ou boa-fé. Situação esta que é explícita no próprio artigo que apresenta a usucapião extraordinária. A dispensa apresentada corresponde unicamente à perpetuação do já apresentado no art.550¹¹⁵ do Código Civil de 1916, o qual, de maneira mais objetiva, dispensava a verificação destes requisitos que são essenciais às demais modalidades de usucapião, pois, segundo tal dispositivo, estes se presumiriam pela longa duração do exercício da posse, sem que o mesmo fosse alvo de qualquer oposição.

Para Conselheiro Lafayette apud Pugliese, o justo título e a boa-fé possuem uma presunção tão verídica que não somente se dispensa a sua apresentação, como também não se pode admitir qualquer prova em contrário, trata-se de uma presunção *júris et de jure*.¹¹⁶

Caio Mário conclui tal discussão reconhecendo que a presenção, ou ainda, dispensa do justo título e da boa-fé se justificam não somente pelo desinteresse do proprietário, mas “na valorização do trabalho humano”. De forma que aquele que por dez anos tiver tido “como seu um imóvel, rural ou urbano, cultivando-o ou tratando-o, tornando-o útil à comunidade, não pode ser compelido a deixá-lo à instância de quem o abandonou sem consideração pela sua utilização econômica.”¹¹⁷

¹¹⁵ Art. 550. Aquele que, por 20 (vinte) anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de título de boa fé que, em tal caso, se presume, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para transcrição no Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 2.437, de 7.3.1955)

¹¹⁶ PUGLIESE, Roberto J. **Direito das Coisas**. São Paulo: Leud, 2005, p. 224

¹¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil vol. IV**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 126 e 127

No mesmo sentido, Pugliese afirma que ao modificar o texto do art.550 do Código Civil de 1916, o legislador ao inserir o seu parágrafo único “teceu condições para que o possuidor tenha a possibilidade de reduzir em um terço o exercício ordinário da posse em homenagem a função social da propriedade”, ressaltando o fato de que na modalidade extraordinária é permitido “diante do longo prazo para que se consuma o direito perseguido, que o possuidor mantenha além da moradia sobre o imóvel usucapiendo, igualmente outras, durante o período.”¹¹⁸

3.5.2 Da usucapião ordinária

Usucapião ordinária é uma modalidade igualmente clássica a usucapião extraordinária. Ela é apresentada pelo art. 1.242¹¹⁹ no Código Civil atual, sucessor do art. 551¹²⁰ do Código Civil Brasileiro de 1916.

Observado o art. 1.242, conclui-se que são requisitos da usucapião ordinária a posse exercida de forma mansa e pacífica, pelo lapso temporal mínimo de dez ou cinco anos, *animus domini*, objeto hábil, justo título e boa-fé.¹²¹

¹¹⁸ PUGLIESE, Roberto J. **Direito das Coisas**. São Paulo: Leud, 2005, p. 224-225

¹¹⁹ Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo único. Será de 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.

¹²⁰ Art. 551. Adquire também o domínio do imóvel aquele que, por 10 (dez) anos entre presentes, ou 15 (quinze) entre ausentes, o possuir como seu, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé. (Redação dada pela Lei nº 2.437, de 7.3.1955)

Parágrafo único. Reputam-se presentes os moradores do mesmo município e ausentes os que habitem município diverso. (Redação dada pela Lei nº 2.437, de 7.3.1955)

¹²¹ SALLES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de bens imóveis e móveis**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 126

No que tange a boa-fé exigida por esta modalidade de usucapião, a mesma se configura quando verificada a exata situação descrita no art.1.201¹²² do Código Civil de 2002, o qual não trouxe qualquer alteração fática se comparado ao seu correspondente do Código anterior, o art. 490¹²³.

Sendo assim, o possuidor que mantiver em seu poder um justo título, o qual seria responsável pela ilusão do possuidor de ser o verdadeiro proprietário do bem, tem o condão de conceder a presunção de boa-fé àquele que puder apresentá-lo.

Até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a usucapião ordinária exigia do possuidor um lapso temporal, que variava entre dez e quinze anos conforme se desse a ligação dele com a propriedade, de forma que “a sua vigilância no *forum rei sitae* reduzia o prazo de usucapião ao mínimo de dez anos. À medida que se afastava do município do imóvel, o prazo seguia crescente, até atingir os quinze anos, se em nenhum momento esteve presente”. Com o avanço da tecnologia de comunicação, ainda que o possuidor não esteja presente na propriedade, ele pode exercer vigilância quase equivalente a se lá estivesse, de tal sorte que tornou-se desnecessária a presença física para se configurar o interesse pela terra, posto que a vigilância também se configura como controle sobre o bem, ainda que fisicamente distante dele.¹²⁴

¹²² Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa. Parágrafo único. 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.

¹²³ Art. 490. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito, possuído.

Parágrafo único. 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.

¹²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 291

Embora o atual art. 1.242 tenha dispensado a presença física do possuidor para fins de usucapião ordinária, o mesmo preservou a redução do lapso temporal mínimo exigido de cinco anos que já era concedida pelo seu artigo correspondente, só que agora sob justificativa diversa.

No Código de 1916, a redução do prazo alcançaria cinco anos caso o possuidor não se ausentasse da propriedade. Em 2002 o legislador concedeu essa redução àquele possuidor que respeitasse às exigências previstas em seu parágrafo único, ou seja, se o possuidor tiver adquirido o imóvel de forma onerosa, respeitando às exigências legais quanto ao registro e “estabelecido lá a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.”

As regras de registro do bem devem ser observadas, pois trata-se de causa de nulidade relativa, ainda que passível de solução. Orlando Gomes explica que embora não seja concedido a ninguém benefícios por desconhecimento de lei, trata-se de um erro de direito que, socorrido pela boa-fé, equipara-se a um erro de fato. Caso o vício carregue consigo características de nulidade absoluta, a única modalidade de usucapião capaz de gerar a aquisição da propriedade seria a extraordinária pois dispensa o justo título, bem como a boa-fé. Diante de tais considerações, o autor conclui que a usucapião ordinária só pode ser reconhecida para casos em que o vício no negócio jurídico resida na pessoa do transmitente, o qual seria obrigado a arcar com a perda de sua propriedade em favor do possuidor por ocasião de seu próprio desleixo para com seu imóvel.¹²⁵

¹²⁵ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.152

Entretanto, mesmo se tratando de nulidade de pleno direito, se esta vier a prejudicar terceiros de boa-fé, conforme prevê a Lei 6.015, Lei de Registros Públicos - LRP em seu art.214, §5º¹²⁶, a nulidade não poderá ser decretada se já tiverem sido preenchidos os requisitos para a usucapião. Tal modificação na LRP fora promovida pela Lei 10.931/04 que, segundo lições de Farias e Rosenthal, criara a usucapião por eles denominadas de Tabular, a qual se configura como sendo uma variante à usucapião ordinária. Isto porque, evidencia com mais ênfase a defesa do cumprimento da função social da posse, posto que a sanção a ser suportada pelo verdadeiro proprietário, com a perda da titularidade de sua propriedade, decorreria de sua própria desídia, conquanto o possuidor lá promovera investimentos e/ou constituído sua moradia.¹²⁷

3.5.3 *Da usucapião especial urbana*

A usucapião especial urbana, constitucionalmente prevista no art. 183¹²⁸, fora inicialmente regulamentada no art. 9º¹²⁹ do Estatuto da Cidade, Lei 10.257 de 2001, é repetida

¹²⁶ Art. 214 – Como nulidades de pleno Direito do registro, uma vez provadas, invalidam-no, independente de ação direta.

§ 5º - A nulidade não será decretada se atingir terceiro de boa-fé que já tiver preenchido as condições de usucapião do imóvel

¹²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 298 a 300

¹²⁸ Art. 183 - Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 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.

¹²⁹ 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.

com perfeição no art. 1.240 do Código Civil de 2002, salvo pela omissão cometida quanto ao §3º contido apenas na Lei de 2001 que por sua vez difere do §3 contido no texto constitucional.

O empenho em se fazer observar essa regra, por qualquer dos dispositivos acima citados, se justifica como forma de promoção de justiça social, uma vez que se destina àquelas pessoas que não possuem qualquer outro imóvel em seu nome e desde que tenham estabelecido naquela propriedade sua morada ou de sua família, razão pela qual também é chamada de usucapião comum pró moradia.¹³⁰

O empenho do legislador para que se reconheça à propriedade àquela pessoa ou entidade familiar se mostra claro quando observados os requisitos contidos nas modalidades especiais de usucapião, pois corresponderia a uma espécie de usucapião extraordinária com lapso temporal reduzido, uma vez que dispensa requisitos como justo título e a boa-fé.¹³¹

A dispensa do justo título e da boa-fé são compensados pela exigência de que o possuidor tenha estabelecido na propriedade sua moradia em uma área não superior a duzentos e cinquenta metros quadrados, sem que o mesmo seja proprietário de qualquer outro imóvel. “Trata-se de mais uma maneira de promover o direito fundamental à moradia, assegurando-se um patrimônio mínimo à entidade familiar, na linha de tutela ao princípio da dignidade da pessoa humana.”¹³²

¹³⁰ PUGLIESE, Roberto J. **Direito das Coisas**. São Paulo: Leud, 2005, p. 225

¹³¹ SALLES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de bens imóveis e móveis**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 279

¹³² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 303

Desta forma, são requisitos da usucapião especial urbana que o possuidor não seja proprietário de qualquer outro imóvel, que a posse por ele exercida seja mansa, pacífica, pública, com moradia, exercida pelo período mínimo de cinco anos. Além disso, sem que haja qualquer interrupção ou oposição, onde se reconheça o interesse de tornar-se proprietário num terreno urbano que não seja área pública nem tenha extensão superior a duzentos e cinquenta metros quadrados.¹³³

Interessa considerar que o disposto no art. 1.207¹³⁴ do Código Civil aplica-se apenas parcialmente a esta modalidade de usucapião. Tal fenômeno ocorre pois exige-se do usucapiente a sua moradia na propriedade a ser usucapida, de tal forma que se o sucessor já habitasse o imóvel em questão à época em que se iniciasse a sucessão, restaria unificada a posse do *de cujos* com a de seu sucessor. Neste sentido, pode-se então considerar o somatório destas posses para fins de usucapião na modalidade especial urbana. Entretanto, se o sucessor apenas iniciar o exercício de sua posse depois de aberta a sucessão, poderá ocorrer junção das posses nas modalidades de usucapião ordinária ou extraordinária, mas jamais na modalidade especial.¹³⁵

¹³³ PUGLIESE, Roberto J. **Direito das Coisas**. São Paulo: Leud, 2005, p. 226

¹³⁴ Art. 1.207. O sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor; e ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor, para os efeitos legais.

¹³⁵ SALLES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de bens imóveis e móveis**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 285 a 287

Sob o mesmo tema, Farias e Rosenthal colocam que seria “incompatível com a finalidade social prevista na Constituição, que o possuidor pretenda beneficiar-se da *accessio possessionis* para completar os cinco anos de posse. Não poderá o candidato à usucapião somar o seu prazo à de quem lhe cedeu a posse, já que os cinco anos pedem posse pessoal. Ao inverso, o que se defere na *sucessio possessionis* é a proteção à entidade familiar, e não a um de seus membros isoladamente.”¹³⁶

Para casos de dúvida quanto à possibilidade de se aproveitar a posse precedente, o Conselho de Justiça Federal na IV jornada de Direito Civil aprovou o enunciado 317, explicando que a “*accessio possessionis*, de que trata o art. 1.243, primeira parte, do Código Civil, não encontra aplicabilidade relativamente aos arts. 1.239 e 1.240 do mesmo diploma legal, em face da normatividade do usucapião constitucional urbano e rural, arts. 183 e 191, respectivamente.”

Sendo requisito essencial a essa modalidade de usucapião a pessoalidade da posse, o legislador reconhecendo a possibilidade de coabitação de mais de uma entidade familiar em uma propriedade, regulamentou a Usucapião Especial Coletiva Urbana no art.10 do Estatuto da Cidade. Com este dispositivo, tornou-se possível o reconhecimento da usucapião para diversas famílias e em um terreno com área superior aos duzentos e cinquenta metros quadrados previstos na modalidade comum.

¹³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 305

Conforme o caput do art.10 do Estatuto da Cidade, “As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.”

Em geral as áreas alvo da usucapião especial coletiva urbana trazem consigo uma organização. Ante esta situação os parágrafos 3º, 4º e 5º do art.10 do Estatuto da Cidade reconhecem que a área adquirida por meio desta modalidade de usucapião será considerada como sendo um condomínio, onde áreas como becos e pequenas passagens serão tidas como áreas comuns, ao passo que uma construção mista é ignorada pelo ordenamento jurídico, de forma que em havendo um pequeno comércio no imóvel onde reside o usucapiente, este será desconsiderado se o possuidor houver atendido às demais exigências desta espécie de usucapião.¹³⁷

Em se tratando da constituição de um condomínio, sem possibilidade concreta de delimitação das propriedades individualmente constituídas no terreno, prevê o §3º da Lei 10.257 que “na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas.”

¹³⁷ GASPARINI, Diogenes. **O Estatuto da Cidade**. São Paulo: NDJ, 2002, p. 86 e 87

Em deradeira consideração a esta modalidade ressalta-se o constante do §1º¹³⁸ do mesmo artigo, pois, diferente da usucapião especial urbano, a modalidade coletiva não somente aceita, como prevê que a posse exercida pelo usucapiente pode ser acrescida à posse exercida anteriormente para fins da contagem do prazo onde se pretenda adquirir a propriedade por intermédio da usucapião especial coletiva urbana.

3.5.4 *Da usucapião especial rural*

A usucapião na sua modalidade especial rural, também conhecida como usucapião *pro-labore*, agrário ou rústico tem sua primeira aparição na edição da Constituição de 1934¹³⁹, permanecendo o seu texto essencial inalterado pelo constituinte de 1937¹⁴⁰, sendo reproduzido novamente pela Constituição de 1946¹⁴¹ onde, por sua vez, sofrera a única alteração quanto à extensão de terra que poderia ser alvo desta modalidade de usucapião, a qual passara de dez para vinte e cinco hectares.¹⁴²

Por sua vez, a atual Constituição Federal apresenta esta espécie de usucapião através do seu art. 191 o qual prevê que:

¹³⁸ § 1º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

¹³⁹ Art 125 - Todo brasileiro que, não sendo proprietário rural ou urbano, ocupar, por dez anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, um trecho de terra até dez hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele a sua morada, adquirirá o domínio do solo, mediante sentença declaratória devidamente transcrita.

¹⁴⁰ Art 148 - Todo brasileiro que, não sendo proprietário rural ou urbano, ocupar, por dez anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, um trecho de terra até dez hectares, tornando-o produtivo com o seu trabalho e tendo nele a sua morada, adquirirá o domínio, mediante sentença declaratória devidamente transcrita.

¹⁴¹ Art 156 - ...

§ 3º - Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupar, por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, trecho de terra não superior a vinte e cinco hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele sua morada, adquirir-lhe-á a propriedade, mediante sentença declaratória devidamente transcrita.

¹⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil vol. IV**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 132

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

Parágrafo único - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Nota-se do texto acima transcrito que existem três alterações relevantes se comparados os textos da Constituição de 1946 com o da Constituição de 1988, as quais seriam a extensão da área a ser usucapida, o lapso temporal mínimo exigido e à impossibilidade de se usucapir terrenos públicos.¹⁴³

No que tange à extensão que anteriormente não poderia ultrapassar a medida de vinte e cinco hectares, hoje pode estender-se até o limite de cinquena hectares.¹⁴⁴

Na mesma proporção em que fora ampliada a área possível de usucapião, fora igualmente reduzido o lapso temporal mínimo exigido, posto que embora o art. 1º da Lei 6.969 de 1981 já permitisse o reconhecimento da usucapião sob o lapso temporal atualmente previsto, permanecia na redação constitucional anterior, o exercício da posse sob tais circunstâncias pela duração mínima de dez anos, ao passo que a atual Constituição exige apenas cinco anos do exercício da posse necessária.¹⁴⁵

Quanto à usucapião dos bens públicos, a Constituição de 1988, por intermédio do parágrafo único do art. 191, afirma que “os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.” Atitude que até então era combatida pela Constituição Federal de 1946, e os ordenamentos jurídicos que se originaram na inteligência desta.

¹⁴³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 317 e 318

¹⁴⁴ SALLES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de bens imóveis e móveis**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 376

¹⁴⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil vol. V, Direitos Reais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 198 e 199

Prova disso fora a edição do Estatuto da Terra em 1964 que, em seu art. 99¹⁴⁶, previu a possibilidade de transferência do domínio de terras devolutas ao seu efetivo possuidor. Igualmente, a edição da Lei 6.969 de 1981, que regulamentou essencialmente a usucapião especial rural, reconhecendo em seu art. 2º¹⁴⁷ a incidência da usucapião em terras devolutas. Outro exemplo, é o Decreto 87.620 de 1982 que simplificou o reconhecimento da usucapião, possibilitando que ocorresse também por vias administrativas e não somente através do judiciário, como vinha sendo realizado até então.

A possibilidade de ver a usucapião reconhecida por meios administrativos fez com que surgisse uma outra modalidade de usucapião a qual por Pugliese fora chamada de usucapião administrativa.¹⁴⁸

3.5.5 *Usucapião indígena*

A usucapião do índio encontra previsão no art. 33 da Lei 6.001 de 1973, onde se admite que o índio que ocupe como sua, área de até cinquenta hectares, pelo prazo mínimo de dez anos adquira-lhe a propriedade, desde que o terreno em questão não seja área pública.

¹⁴⁶ Art. 99. A transferência do domínio ao possuidor de terras devolutas federais efetivar-se-á no competente processo administrativo de legitimação de posse, cujos atos e termos obedecerão às normas do Regulamento da presente Lei.

¹⁴⁷ Art. 2º - A usucapião especial, a que se refere esta Lei, abrange as terras particulares e as terras devolutas, em geral, sem prejuízo de outros direitos conferidos ao possuidor, pelo Estatuto da Terra ou pelas leis que dispõem sobre processo discriminatório de terras devolutas.

¹⁴⁸ PUGLIESE, Roberto J. **Direito das Coisas**. São Paulo: Leud, 2005, p. 232 e 233

Farias e Rosenvald tecem melhores comentários acerca desta modalidade, apontando que à época da edição da lei, esses termos eram de fato mais favoráveis a um indivíduo que tinha-se como vulnerável, independente de o índio ser ou não considerado integrado à sociedade. Entretanto, com a renovação do instituto promovida pela nova edição da Constituição Federal e do Código Civil, a invocação desta espécie de usucapião perdeu a sua razão de existir, uma vez que igual área é passível de usucapião especial rural pela metade do prazo exigido pela Lei de 1973. E como se não fosse suficiente, em hipótese de o índio já possuir outro imóvel estando impedido de arguir a usucapião na modalidade especial, tem-se que por igual prazo de dez anos ele pode requerer o reconhecimento da usucapião na modalidade extraordinária.¹⁴⁹

3.6 Da usucapião e a função social da propriedade

Como descrito nos capítulos anteriores, a propriedade, seja ela rural ou urbana, deve cumprir um papel social. Tal papel se configura no interesse da sociedade quanto à utilização adequada da propriedade. Viu-se também que a legislação brasileira apresenta a usucapião, dentre outros, como instrumento para efetivar tal expectativa.

Independente da modalidade de usucapião que se aplique, sempre estará presente, dentre outras características, o exercício prolongado de uma posse mansa e pacífica sobre propriedade não aproveitada pelo seu legítimo dono, mas por outro possuidor. A usucapião defende aquele que efetivamente utilizar o bem configurando-se, portanto, como meio hábil para defender o interesse social de aproveitamento da propriedade.

¹⁴⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 319 e 320

A justiça social se mostra ainda mais evidente quando observados os requisitos próprios da usucapião nas suas modalidades especiais tratadas anteriormente. Nestas, o legislador garantiu a aquisição da propriedade àquele possuidor que não seja dono de nenhum imóvel e que tenha utilizado o bem para a sua morada e da sua família. Nesse sentido, é motivo de destaque a modalidade especial urbana coletiva, que tem por alvo garantir moradia às famílias de baixa renda, o que resulta na promoção de uma redistribuição de riquezas entre as partes por ela atingidas.

A usucapião especial rural exige que o seu reconhecimento que o possuidor além de não ser proprietário de nenhum outro imóvel, tenha exercido a sua posse tornado a propriedade produtiva, de forma que não somente pretende garantir o cumprimento da função social através da moradia, mas também pelo caráter trabalhista, motivo pelo qual esta modalidade também é chamada de *pro-labore*.

Uma outra forma de se observar a usucapião como instrumento de promoção de justiça social decorre da natureza dúplice de seu fundamento. Nas palavras de Cristiano Farias e Nelson Rosenthal¹⁵⁰, a usucapião

representa um prêmio àquele que por um período de tempo significativo imprimiu ao bem uma aparente destinação de proprietário; mas também importa em sanção ao proprietário desidioso e inerte que não tutelou o seu direito em face da posse exercida por outrem.

¹⁵⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 274

Nesse sentido, é na usucapião extraordinária que a natureza dúplice se mostra mais evidente. O caráter punitivo, ou seja, a perda da propriedade, aparece quando é reconhecida a usucapião pela inércia do proprietário por um período contínuo de quinze anos, sem que para isto seja necessário se analisar profundamente a destinação que o possuidor direto lhe conferira. Por sua vez, quando verificado o exercício da posse que respeite a função social do bem, o possuidor é premiado com a redução do prazo exigido de quinze para dez anos.

A usucapião ordinária, além dos requisitos previstos para a modalidade extraordinária, apresenta também a boa-fé fundada em justo título. Acrescidas estas características à posse, o legislador exige lhe o exercício por apenas dez anos, privilegiando assim aquele que durante este período agira sem conhecimento de qualquer vício em seus atos. Se o possuidor que já demonstrara sua boa-fé houver realizado investimentos que atendam aos fins sociais do bem, o prazo exigido para sua posse reduz-se de dez para cinco anos. Esta foi a forma encontrada pelo legislador de premiar o possuidor pelo aproveitamento adequado da propriedade.

CONCLUSÃO

O Brasil enfrenta sérios problemas relacionados à ocupação de seu território. Neste trabalho se apresentou a evolução da legislação brasileira correspondente, a partir de uma rápida visita aos primeiros conceitos relacionados ao tema na sociedade romana, passando pelas teorias atualmente mais significativas e alcançando as suas influências no direito brasileiro.

Nos textos analisados ver-se que os legisladores brasileiros buscaram estabelecer o marco legal para soluções de conflitos que correspondam a atitude do homem perante a propriedade, independentemente de ser ou não seu dono, com o objetivo de se promover a justiça social.

Nesse sentido, verificou-se que a legislação brasileira defende o direito à propriedade privada quando o proprietário exerce a sua posse de maneira satisfatória aos interesses da sociedade, e, em contrapartida, impõe sanções àqueles que não os respeitam.

Nesse contexto, observou-se que a usucapião constitui-se meio hábil à promoção da justiça social, pois, sob certas condições, premia o possuidor que não seja dono da propriedade, mas que nela exerça sua posse garantindo-lhe a perpetuação dos trabalhos por ele promovidos no bem, enquanto o proprietário mantinha-se inerte ao seu aproveitamento.

Entretanto, ainda mais por se tratar de uma trabalho acadêmico, é importante ressaltar que a legislação modificou-se em alguns aspectos, sejam eles positivos ou negativos. No primeiro caso tem-se, por exemplo, a redução do lapso temporal mínimo exigido para o reconhecimento da incidência da usucapião e, também, a criação de novas modalidades para o instituto, sendo a mais relevante delas a usucapião especial coletiva urbana que se destina à população de baixa renda.

Em contrapartida, um aspecto negativo diz respeito ao não reconhecimento do instituto da usucapião para bens públicos não aproveitados, como por exemplo as terras devolutas, previsto anteriormente no art. 2º. da Lei 6.969 de 1981 que fora revogado pela atual Constituição.

REFERÊNCIAS

- ALVEZ, José Carlos Moreira. **Posse – Tomo I**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997
- _____. **Posse - Tomo II**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997
- BATISTA, Antenor. **Posse, Possessória, Usucapião e ação rescisória**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado – vol. III**. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1942.
- CASSONE, Vittorio. **Direito Tributário**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2008
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006
- CHEMERIS, Ivan Ramon. **A função social da propriedade**. São Leopoldo: Unisinos, 2002
- FOCHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e da propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998
- FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009
- GASPARINI, Diogenes. **O Estatuto da Cidade**. São Paulo: NDJ, 2002.
- GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983
- _____. **Direitos Reais**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998
- GONÇALVEZ, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009
- LOPES, Miguel de Maria Serpa. **Curso de Direito Civil: vol. IV**. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1964
- MANZO, Airosa Forestie. **Usucapião**. São Paulo: Vale do Mogi, 2001

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Posse e Propriedade**. 3. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2003

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições do Direito Civil vol. IV**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981

PUGLIESE, Roberto J. **Direito das Coisas**. São Paulo: Leud, 2005

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991

ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004

SALLES, José Carlos Moraes. **Usucapião de bens imóveis e móveis**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

SANTOS, J. M. Carvalho. **Código Civil Brasileiro interpretado**. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1942

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil vol. V: Direitos Reais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

VIANA, Marco Aurélio. **Teoria e prática do direito das coisas**. São Paulo: Saraiva, 1983