

UNIFIEO
CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO
Mestrado em Direito

O DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE PRIVADA E O INSTITUTO DA
USUCAPIÃO EM SUAS PERSPECTIVAS CONSTITUCIONAIS E
INFRACONSTITUCIONAIS

Lívia de Oliveira Ayub Alves

Osasco-SP
2009

LÍVIA DE OLIVEIRA AYUB ALVES

O DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE PRIVADA E O INSTITUTO DA
USUCAPIÃO EM SUAS PERSPECTIVAS CONSTITUCIONAIS E
INFRACONSTITUCIONAIS

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do UNIFIEO – Centro Universitário FIEO, para obtenção do título de mestre em Direito, tendo como área de concentração “Positivação e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos”, dentro do projeto “Afirmção Histórica, Problematização e Atualidade dos Direitos”; inserido na linha de pesquisa “Direitos Fundamentais e sua Dimensão Material”, sob a orientação da Professora Doutora Márcia Cristina de Souza Alvim.

Osasco-SP
Fevereiro de 2009

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, aos meus pais Guilherme e Maria Inês, irmã Carolina, avós, padrinho Lourival, namorado Carlos André.

UNIFIEO
CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO
Mestrado em Direito

O DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE PRIVADA E O INSTITUTO DA
USUCAPIÃO EM SUAS PERSPECTIVAS CONSTITUCIONAIS E
INFRACONSTITUCIONAIS

Por:
Lívia de Oliveira Ayub Alves

BANCA EXAMINADORA

Unifieo, _____ de _____ de 2009.

“No princípio nada era de ninguém”¹

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Forense, 19ª ed., 2006, vol. 4, p.159.

RESUMO

A constitucionalização do Direito e as constantes transformações sociais revolucionaram o regime legal da propriedade, de absoluto, individual e ilimitado para uma concepção na qual atenda aos imperativos da solidariedade universal, através do cumprimento de sua função social. Esta pesquisa circunda seu objeto no velho Instituto da Usucapião relacionando-a com o Direito Fundamental à propriedade privada, através de suas perspectivas constitucionais e infraconstitucionais. Diante da vastidão do tema, limitou-se o estudo na questão do uso da propriedade como forma de instrumentalizar as reformas urbanísticas e agrárias. Para tanto, iniciou-se o trabalho com a abordagem dos Direitos Fundamentais, a fim de demonstrar sua evolução normativa tanto no cenário nacional quanto internacional; na seqüência é feita uma análise quanto ao Direito de Propriedade, numa abordagem histórica, considerando momentos desde sua origem até os moldes legais atuais. Em seguida, norteia o estudo no tema central, Usucapião, abordando os mais importantes aspectos legais, incluídas questões conceituais, processuais e registrais, não deixando de ater-se uma porção do estudo para a análise do diploma legal que regulamentou a questão constitucional da redefinição do solo urbano: o Estatuto da Cidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais; Propriedade Privada; Função Social da Propriedade; Usucapião

ABSTRACT²

² Tradução pela autora.

The constitution of law and the constant social change revolutionized the legal system of ownership, absolute, and unlimited individual to a design which meets the needs of universal solidarity, through the fulfillment of its social function. This research around your subject at the oldest Institute of Usucapião relates to the fundamental right to private property, through its prospects and constitutional infraconstitucionais. Given the vastness of the subject, merely the study on the issue of using the property as a way to exploit the urban and agrarian reforms. To that end, the work was initiated with the approach of Fundamental Rights in order to demonstrate its regulatory changes in both the national and international scenario, the sequence is done an analysis on the Law of Property, a historical approach, considering moments since its inception until the current legal manner. Then, the study guides in the central theme, Usucapião, addressing the most important legal aspects, including conceptual issues, procedural and record, while stick is a portion of the study for the analysis of the law that regulates the constitutional issue of redefining of urban land: the Statute of the City.

KEY-WORDS: Fundamental Rights, Private Property, Social Function of Property; Usucapião

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. DIREITOS FUNDAMENTAIS	
1.1 CONCEITO.....	12
1.2 UM ROL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	17
1.2.1 Gerações de Direitos	18
1.3 PANORAMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CR/88	21
2. DIREITO DE PROPRIEDADE	
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE PROPRIEDADE	25
2.2 ESCORÇO SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE PROPRIEDADE IMÓVEL NO BRASIL INDEPENDENTE	28
2.3 CONCEITO	31
2.4 A GARANTIA DO DIREITO DE PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	33
2.5 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE PRIVADA À LUZ DO ESTATUTO DA CIDADE	35
2.6 A PREVISÃO DO ATUAL CÓDIGO CIVIL SOBRE O DIREITO DE PROPRIEDADE	39
3. USUCAPIÃO	
3.1 CONCEITO	41
3.2 ASPECTOS DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA USUCAPIÃO	50
3.3 MODALIDADES DA USUCAPIÃO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO.....	53
3.3.1 Usucapião Ordinária	58
3.3.2 Usucapião Extraordinária	60
3.3.3 Usucapião Especial Rural	62
3.3.4 Usucapião Especial Urbana	63
3.3.5 Usucapião Indígena	66
3.3.6 Usucapião e o Estatuto da Cidade	66
3.4 NOVOS CONTORNOS DA USUCAPIÃO À VISTA DO ESTATUTO DA CIDADE	67

3.5 REGRAMENTOS PROCESSUAIS	76
3.5.1 A Ação de Usucapião	76
3.5.2 A propositura da ação – requisitos essenciais	80
3.5.2.1 A propositura da ação - outros requisitos	81
3.5.3 A condução do processo	90
3.5.4 Audiência e outras provas	98
3.6 PROCEDIMENTOS REGISTRALIS	104
CONCLUSÃO	112
BIBLIOGRAFIA	114

INTRODUÇÃO

Uma questão é saber acerca do que diz a Constituição atual em relação à propriedade privada e como dispõe acerca dela face às suas grandes preocupações sociais. Como a propriedade privada pode ser garantida constitucionalmente e como deve ser entendida enquanto elemento importante para a dignidade das pessoas e para o desenvolvimento urbano e rural, social e econômico. É uma questão bastante interessante no âmbito do Direito, tão importante e tão bem abordada pelo constituinte que efetivamente constitucionalizada.

Nesse contexto de garantia constitucional da propriedade privada e de expressa preocupação com a dignidade e o desenvolvimento é que surgem os contornos constitucionais para a usucapião e seu trato, tanto na própria Carta quanto na legislação infraconstitucional.

A tomar do entendimento, como o de José Afonso da Silva,³ de que a Constituição deve tratar apenas da estrutura do Estado, da organização de seus órgãos, do regime político, do modo de aquisição do poder e de seu exercício, aí incluídos os seus limites e o asseguramento dos direitos e garantias individuais, da disciplina dos fins e das atividades sócio econômicas do Estado, bem como do estabelecimento dos fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais, a progressiva constitucionalização do instituto da usucapião estaria a ser verdadeiro exagero senão clara imprecisão técnica. Próprio ao Direito Privado, especificamente ao Direito Civil⁴, o instituto teve em sua constitucionalização, desde 1934, uma valorização de suas relações com a garantia da propriedade privada que não limitada a si mesma, mas atenta para com sua função social e seus reflexos econômicos.

Aquilo que aparentemente poderia ser uma contradição do constituinte, na mais ampla verdade sociológica, o reconhecimento jurídico de um equilíbrio perfeito de objetivos concretos.

Esse trabalho não tem a pretensão de expor a Usucapião sob a ótica do direito material, muito menos sob a vista do direito instrumental; não pretende ser um estudo do instituto segundo as normas e a doutrina do Direito Civil, nem do Direito Processual Civil. Seu foco é a garantia constitucional do

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 12ª ed., 2000, p. 45.

⁴ SALLES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de Bens Imóveis e Móveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 6ª ed., 2ª tiragem, 2006, p. 166.

direito de propriedade enquanto direito fundamental, diante da qual a usucapião surge como elemento garantidor e não propriamente contrário, de grande valor social e econômico.

Observa-se na relação entre a Constituição Federal de 1988 e o instituto da Usucapião uma relação não apenas de recepção do que já existia a longo tempo, verdadeira tradição do Direito, mas de constitucionalização já anteriormente iniciada. Não de constitucionalização de uma oposição à propriedade até então constituída, mas como seu verdadeiro fortalecimento enquanto capaz de dar-lhe sólida continuidade na medida em que atendidos os interesses sociais a ela concernentes.

1.1 Conceito:

A correlação viva entre elementos como o Estado, povo e texto normativo durante na segunda metade do Século XVIII e o fracasso do sistema feudal e conseguinte ascensão da classe burguesa, deu origem ao surgimento formal dos direitos fundamentais⁵. Tal momento histórico propiciou campo fértil para idéias filosóficas como as Iluministas capazes de estabelecer um sistema de contenção dos poderes estatais.

Os documentos Declaração de Direitos do Povo da Virgínia de 1776 (*Bill of Rights*) e Declaração Francesa de 1789 foram importantes na busca da concretização dos direitos fundamentais, haja vista constar expressas menções ao direito de igualdade, de propriedade, de imprensa e de liberdade religiosa. Destaque para a diferença marcante entre os dois documentos internacionais: A Declaração de Virgínia preocupava-se com as liberdades individuais, ao passo que a Declaração Francesa enfatizava a idéia de igualdade entre os cidadãos.

O trato de direito fundamental aborda um grupo jurídico complexo, que pode ser examinado *a priori* sob diversos enfoques. Isto decorre do significado que os direitos fundamentais assumem no constitucionalismo moderno, efeito da evolução histórica em que foram sendo considerados e valorizados, de forma a alcançar a força vinculante conquistada e hoje assentada no ordenamento jurídico.

Inicialmente cabe considerar que o conceito de direito fundamental é um tema largamente discutido na dogmática constitucional contemporânea, por ser parte de um amplo universo temático e objeto de vasto rol de definições as quais se originam de diversas matrizes filosóficas e jurídicas. Logo, oportuno destacar alguns deles que enriquecerão o conteúdo desta dissertação.

Miguel Reale apresenta conceito cuja essência parece-nos ser direitos individuais intocáveis, relevantes para uma harmoniosa convivência social. Nisso encontramos traços de certo apontamento a alguma idéia de estabilidade de tais direitos individuais. Colacionamos:

(...) os direitos fundamentais encerram um conjunto de prerrogativas individuais e coletivas que garantem a

⁵ DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.p. 25.

convivência harmônica em sociedade, resguardando uma esfera intocável de direitos ao indivíduo como tal e em convivência na sociedade.⁶

Na lição de Jorge Miranda, os direitos fundamentais ganham conceito no qual destacada sua inerência à noção de pessoa e ao seu nível atual de dignidade com inafastável dependência filosófica, política, social, econômica e das circunstâncias de época e lugar. Este conceito parece-nos permeado de certo dinamismo. Transcrevemos:

(...) direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa, eles dependem das filosofias políticas, sociais econômicas e das circunstâncias de cada época e lugar.⁷

Ainda na esteira dos conceitos de direitos fundamentais empregados pelos estudiosos jurídicos, para Luño Pérez, os direitos fundamentais se consubstanciam em elementos como dignidade, liberdade e igualdade humanas, segundo o momento histórico bem delimitando seu conteúdo, retomando, portanto, a idéia de tempo e lugar. Gizamos:

(...) um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade, e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.⁸

Ao conceituar direitos fundamentais de forma genérica e na esteira de pensamento de Luño Pérez, têm-se como aqueles essenciais à implementação da dignidade, liberdade e igualdade da pessoa humana. Daí a ligação feita pelos estudiosos entre esses direitos e os direitos humanos, em que pese ser o primeiro mais designado para aqueles direitos da pessoa humana, reconhecidos e positivados na seara do Direito Constitucional positivo de certo Estado ao contrário do outro, que amplamente utilizado em

⁶ REALE, Miguel. **Nova fase do Direito Moderno**. São Paulo: Saraiva, 2ª ed, 1998. p. 77.

⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, tomo IV, 3ª ed, 2000, p. 10.

⁸ PÉREZ; Antonio Henrique Luño. **Los derechos humanos, significación, estatuto jurídico y sistema**. Sevilla, *Publicaciones de la Universidad de Sevilla*, 1979, p. 43.

documentos de direito internacional, não vinculando o ser humano a determinada ordem constitucional, mas direcionados para todos os povos e tempos, como bem apontado por Edilsom Pereira de Farias.⁹

Uma comparação entre estes três conceitos nos permite colocar de um lado Miguel Reale com uma idéia um tanto estática expressa nas palavras “esfera intocável de direitos ao indivíduo” e, de outro, Jorge Miranda e Luño Pérez, cujos conceitos ressaltam aspectos dinâmicos próprios a “circunstâncias de cada época e lugar” ou “em cada momento histórico” sem que se venha a descurar da precisão de conteúdo. Como elemento permanente entre eles há a pessoa à qual inerentes a esses direitos.

Ao utilizar algumas definições, dentre as muitas propostas por estudiosos, além dessas que acima restritamente referidas, tem-se que a categoria jurídica de direitos fundamentais vem permeada de expressões terminológicas como Liberdades Públicas, Direitos do Homem, Direitos Humanos, Direitos Públicos Subjetivos, Direitos Naturais, Direitos Individuais, Liberdades Fundamentais e Direitos Fundamentais do Homem.

Pela ordem, na qual apresentadas, a expressão Liberdades Públicas é conceito utilizado em especial pela doutrina francesa, porém, de conteúdo limitativo e insuficiente, haja vista traduzir tão somente a essência dos direitos individuais ou civis. É a conservação da liberdade da pessoa humana frente a possíveis atos de prepotência do Poder Público.

A denominação Direitos do Homem ou Direitos Humanos indica predicados intrínsecos à natureza humana, de forma universalista, precedendo da existência do direito positivado, terminologia utilizada pelos jusnaturalistas e a preferida nas Cartas Internacionais. Cumpre salientar as palavras de Canotilho ao diferenciar as expressões “direitos do homem” e direitos fundamentais”:

As expressões ‘direitos do homem’ e ‘direitos fundamentais’ são freqüentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jurinaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos ao

⁹ FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada, e a imagem versus a liberdade de expressão**. Fabris, 3ª ed., 2008, p. 59-60.

homem jurídico institucionalmente garantidos espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.¹⁰

Já a expressão Direitos Públicos Subjetivos sugerem as relações entre os indivíduos e o Poder Público, não considerando em sua essência as obrigações coletivas. Este conceito liga-se à concepção individualista do homem e torna-se inconsistente para caracterizar os direitos fundamentais.

Em se tratando da denominação Direitos Naturais, diziam os estudiosos do passado que se tratava de direitos inerentes à natureza humana, pelo simples fato de que os direitos só se fundamentam em decorrência da existência desta. Porém, dentre o debate acadêmico não é tão aceita a tese de que os direitos fundamentais sejam naturais, haja vista serem os direitos positivos oriundo das relações sociais variáveis ao longo do tempo.

A terminologia Direitos Individuais considera os direitos do indivíduo isoladamente, não incluindo os direitos difusos e coletivos. Esta expressão açambarca somente uma categoria dos direitos fundamentais, os chamados direitos civis.

A considerar a denominação Liberdades Fundamentais, tem-se, um conceito restrito e insuficiente para caracterizar os direitos fundamentais, tendo em vista sua extensão limitada a algumas liberdades.

Por fim, propositadamente, passamos a tratar da denominação da expressão Direitos Fundamentais do Homem. Digo propositadamente por ser o tratamento mais aplicado quando se trata de direitos fundamentais. Dentre os autores adeptos a este pensamento, adotam-se as palavras de José Afonso da Silva, que enfatiza:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 5ª ed 1991. pg 529.

situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.¹¹

A denominação Direitos Humanos relaciona predicados inerentes à espécie humana enquanto tal, não dependendo de um sistema jurídico peculiar, tendo em vista sua aplicação universalista. Logo, sua existência não se subordina a um direito positivado.

A Constituição Imperial do Brasil de 1824 teve o condão de ser a pioneira no mundo a inserir a declaração de direitos fundamentais individuais no arcabouço de suas normas, embora haja referências em algumas obras de direito constitucional de que tenha sido a Constituição Suíça de 1835 a primeira a introduzir as normas declaratórias em seu texto, porém, cronologicamente vê-se um equívoco em considerar o pioneirismo desta, haja vista ser a nossa Constituição Imperial datada anteriormente.

Hoje, os direitos fundamentais constituem sólida integração ao patrimônio comum da humanidade, consagrando-se no direito internacional e pátrio. Não há nenhum Estado que não tenha aderido a pelo menos um dos principais pactos internacionais sobre direitos humanos e os inserido em seu texto maior. E mais, As constituições contemporâneas têm por característica marcante a positivação de extensos catálogos de direitos fundamentais, os quais normalmente acompanhados de preceitos que disciplinam sua aplicação, com o objetivo de estabelecer um regime especial de tutela. Ressalta-se que, embora tenha havido uma constante evolução na positivação dos direitos fundamentais, é prematura a conclusão de que se tenha solucionados os problemas que envolvem o tema.

1.2 Um Rol de Direitos Fundamentais:

Como assevera Hauriou: "Não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo, Malheiros Editores, 19ª ed., 2001.

que será discutido e violado".¹² A isso corresponde dizer que à declaração de direitos deve refletir a efetiva garantia de seu exercício, situação que lhe confere relevância além do plano das idéias.

O estudo do tema Direitos Fundamentais obriga a tomada de posição do pesquisador quanto à perspectiva adotada em sua investigação, haja vista que, conforme bem leciona José Carlos Vieira de Andrade¹³ os direitos fundamentais podem ser abordados a partir de três perspectivas; destacamos: perspectiva filosófica que trata os direitos fundamentais como direitos de todos os homens, tempos e lugares; perspectiva universalista ou internacionalista onde os direitos fundamentais são direitos de todos os homens e lugares, porém, num certo tempo e; perspectiva constitucional, na qual os direitos fundamentais são estudados como direitos de todos os homens, porém, em determinados tempo e lugar. Esta será a concepção adotada neste trabalho, considerada para fins exclusivamente didáticos.

Passemos, brevemente, pela classificação dos direitos fundamentais, a qual, por questões meramente acadêmicas ou didáticas, é dividida por critérios de gerações, considerando a ordem cronológica em que os diferentes direitos foram sendo reconhecidos no decorrer da história moderna, através de infindáveis lutas políticas. Como mencionado, essa classificação não caminha de encontro aos princípios da indivisibilidade e da interdependência dos direitos fundamentais, haja vista existir tão somente para tornar fácil sua compreensão por seus estudiosos.

1.2.1 Gerações de Direitos

Cabe ressaltar que o surgimento de gerações posteriores não torna inaplicáveis as anteriores, mas, pelo contrário, o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais expande, adiciona e melhora a extensão da proteção e aplicabilidade dos direitos humanos. Logo, não há falar em antinomia entre eles, mas em relação de complementariedade entre as diversas gerações a seguir levadas a explanações.

¹² HARIOU, Maurice. *Derecho Público Y Constitucional*, trad. de Carlos Ruiz del Castillo. Madrid: Réus, 2ª ed., p.120.

¹³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, Coimbra: Livraria Almedina, 1987, p. 11 e ss.

Institucionalmente, a 1ª Geração de Direitos surgiu a partir da Magna Carta Inglesa de 1215, consagrando-se com os direitos à liberdade negativa como oposição à atuação estatal, uma vez que direcionados a uma abstenção por parte do poder público. O indivíduo era visto como um ser independente do Estado, se consumando com as idéias liberais da Revolução Francesa, com a Declaração de 1789.

A 1ª Geração de Direitos, pois, é a dos direitos fundamentais de liberdade, que abrange os direitos individuais e políticos, cuja finalidade é a proteção das liberdades individuais face ao Estado, através do controle social das atividades estatais, e a instrumentalização da participação popular. Eles são direitos de titularidade individual numa concepção individualista, embora alguns sejam exercidos por conjuntos de pessoas. Estão incluídos neste rol de direitos, entre outros: vida, liberdade, segurança, propriedade privada, participação política, locomoção, opinião, expressão, reunião pacífica, crença e culto. Esses direitos-liberdades ganham reconhecimento jurídico, gozando de coercibilidade, logo, se violado, mesmo que pelo próprio Estado, haverá uma sanção prevista na ordem jurídica. Diante deste contexto, o Poder Judiciário tem a função essencial de garantia efetiva e eficiente dos direitos fundamentais, pois, tem a tarefa de obstar afrontas e desconstituir os desmandos que ameaçam e agredem esses direitos. Daí serem conhecidos como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção por parte do Estado na autonomia individual do indivíduo.

Como o homem é um ser que a cada momento alarga sua dimensão pessoal, também o são os direitos que lhe são peculiares, logo, constatado que os direitos fundamentais existentes, 1ª Geração, eram insuficientes para a realização dos homens, conduziu-se a novas formulações jurídicas, das quais originou-se a 2ª Geração de Direitos.

A chamada 2ª Geração, surgida com o advento do Estado Social, no final da 1ª Guerra Mundial, proclamou a garantia aos indivíduos de condições para o exercício dos direitos de primeira geração. São eles, os direitos sociais, econômicos e culturais. Estes direitos, contrariamente aos de 1ª Geração, circundam as ações positivas do Estado, com o intuito de amenizar disparidades sociais, econômicas e culturais através de políticas públicas diretamente voltadas ao bem-estar do povo, segundo critérios de

justiça distributiva com o implemento de serviços de saúde, educação, assistência judiciária, proteção contra o desemprego, dentre outros igualmente importantes e considerados. O Estado passa a interferir na vida individual das pessoas, haja vista que sua função é preponderante a garantia do bem-estar social.

A considerar que a liberdade determinou a primeira fase histórica moderna da primazia dos direitos fundamentais, a igualdade jurídica reproduziu a segunda etapa, constituindo a ampliação do campo dos direitos fundamentais com o surgimento de uma nova geração, a academicamente conhecida 3ª Geração de Direitos, direcionada à qualidade de vida e à solidariedade entre os povos, intrínsecos à preservação e ao desenvolvimento da espécie humana. O ponto distintivo entre esta geração de direitos e as demais é a sua titularidade coletiva.

As relações, a partir desta fase, não se restringem apenas entre o homem e o Estado ou entre o homem e o outro, mas prioritariamente entre o homem com o seu semelhante.

Esta 3ª Geração de Direitos consolidaria o trinômio da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade; liberdade como direitos de 1ª Geração, igualdade como de 2ª Geração e fraternidade como de 3ª Geração.

Dentre os direitos de 3ª Geração tem-se: o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente saudável, à informação e comunicação e ao patrimônio comum da humanidade, não excluindo de seu leque outros direitos assim relacionados.

A inauguração dos direitos de 3ª geração é resultado de uma reclamação social para uma justiça universal amparada no bem estar dos povos, sem distinção de qualquer forma.

Embora a maioria dos autores teça considerações somente das três gerações de direitos, há de se relevar a existência na órbita das discussões mais modernas dos chamados Direitos de 4ª Geração, que para Paulo Bonavides, inclui, “o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.”¹⁴ Esta

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 525.

tendência, porém, aguarda o seu reconhecimento na seara do direito internacional.

Impossível seria tratar de cada geração de direitos de forma isolada, porque a certeza da eficácia de um se subordina à eficácia dos demais.

Ao abordar as características dos direitos fundamentais para maior elucidação do tema, podem ser eles apresentados como sendo de universais, absolutos, históricos, de aplicabilidade imediata, vinculados ao poder público, constitucionais e inalienáveis.

Universais enquanto todos os seres humanos estão abrangidos pelos Direitos Fundamentais, com mitigações, à medida que em cada categoria de direitos uma determinada classe de pessoas é beneficiada, excluindo-se as demais, como, por exemplo, os direitos trabalhistas que são direcionados aos trabalhadores em território nacional.

Absolutos enquanto os Direitos Fundamentais estão no ápice do ordenamento jurídico, característica discutível entre os estudiosos, haja vista que no artigo 18 da Convenção de Direitos Civis e Políticos da ONU, de 1966, admitem limitações a fim de proteger a segurança, a ordem, a moral pública, a saúde e outros direitos e liberdades fundamentais de outros.

Históricos enquanto o alcance, o seu significado e sua efetividade variam de acordo com o momento histórico.

De aplicabilidade imediata enquanto não necessitam de regulamentação para serem aplicáveis, embora não haja restrição em tê-las.

Vinculados ao poder público enquanto todas as esferas estatais estão a eles adstritos.

Constitucionais por estarem inseridos no mais elevado grau de normatividade, com *status* de cláusulas pétreas.

Inalienáveis enquanto não são passíveis de qualquer transferência de titularidade, seja ela realizada de forma gratuita ou onerosa.

1.3 – Panorama dos direitos fundamentais na Constituição de 1988:

Embora a proposta desta etapa do estudo seja traçar breves considerações acerca dos direitos fundamentais na Carta-cidadã de 1988,

necessário se faz registrar que o direito constitucional positivo anterior não oferecia à matéria o *status* jurídico tal, embora deva-se considerar que desde a Constituição Imperial de 1824 eram previstos direitos e garantias individuais.

Nesse diapasão, verifica-se a inserção do catálogo dos direitos fundamentais na abertura do documento, ressaltando sua primazia valorativa. Logo, possível afirmar que a vigente Carta Magna revolucionou o tratamento relevado aos direitos fundamentais, constituindo-o como parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica, consagrando um novo modelo do constitucionalismo pátrio. É tão verdade, que a Constituição de 1988 enuncia os direitos fundamentais antes das atribuições do próprio Estado e apresenta seus princípios fundamentais antes de tudo, priorizando o princípio da dignidade da pessoa humana na abertura do texto constitucional. Por tal razão, os direitos fundamentais encontram-se no rol das cláusulas pétreas, impedindo, assim, qualquer supressão ou diminuição de sua aplicação pelo Poder Constituinte Derivado. A única possibilidade de flexibilizá-los é para ampliar seu conteúdo e extensão.

A Constituição tutela os direitos fundamentais, e o legislador, ao instituir regramentos nesse domínio, deve respeitá-la.

Cumprе ressaltar que "declarar" quais são os direitos humanos fundamentais significa reconhecer que eles "pré-existem" a qualquer ordenamento jurídico nacional: são direitos que se originam da própria natureza humana. Assim, a Constituição Federal de 1988 não "constitui" determinadas garantias pessoais em direitos: também ela, no que tange aos direitos humanos fundamentais, somente pode ter caráter declaratório.

A considerar a terminologia utilizada pela Constituição de 1988, ao se referir aos direitos fundamentais, tem-se a diversidade semântica por característica, excluindo, desta forma, um critério unificador. A guisa de exemplo, encontramos em destaque as expressões direitos humanos do artigo 4º, inciso II; direitos e garantias fundamentais da epígrafe do Título II e artigo 5º, §1º; direitos e liberdades constitucionais do artigo 5º, inciso LXXI e direitos e garantias individuais do artigo 60, § 4º, inciso IV.

A noção de que os direitos fundamentais constituem um conjunto na esfera constitucional foi alvo de recente alusão na doutrina nacional, com

base na justificativa de que os direitos fundamentais são a materialização do Princípio Fundamental da Dignidade Humana, consagrado na Carta Magna.

Mister acrescentar que o empenho em proteger juridicamente os direitos fundamentais constitui um passo indispensável para a construção do Estado Democrático de Direito, como afirma ser a Carta Fundamental pátria. Nesta linha de raciocínio leciona Antonio Enrique Perez Luño: “Quanto mais intensa se revela a operatividade do Estado de Direito, maior é o nível de tutela dos direitos fundamentais”.¹⁵

Em análise ao conteúdo dos direitos fundamentais no atual ordenamento constitucional, há de considerar que, embora tenhamos um diploma constitucional repleto de garantias fundamentais, constata-se uma lacuna, no que tange definições do conteúdo de um conceito substancial. A Carta identifica os direitos fundamentais, ainda que de modo não taxativo, porém, não os define quanto à sua matéria, transferindo tal exercício para a legislação infraconstitucional e até mesmo para a doutrina e a jurisprudência.

Na estrutura adotada pela Constituição de 1988, os direitos e garantias fundamentais compõem o Título II – Dos direitos e Garantias Fundamentais, subsequente somente ao título que versa sobre os princípios fundamentais do próprio Estado. Este título reparte-se em cinco capítulos, dos quais, unicamente o último, que versa sobre os partidos políticos, não alude diretamente ao homem, mas um dos patamares para este exercitar a sua cidadania.

O Capítulo I daquele Título – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos - inova o constitucionalismo pátrio ao tratar dos direitos e deveres individuais e coletivos. Ampliam-se os direitos e obrigações, justificativa da estrutura do Estado nacional, remoldando o Mandado de Segurança e a Ação Popular e inserindo o *Habeas data* e o Mandado de Injunção.

O Capítulo II – Dos Direitos Sociais, ainda do mesmo título II, é reservado aos direitos sociais, conhecidos como de 2ª Geração, apresentados como direitos à educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Sua finalidade é a melhoria das condições de vida dos menos favorecidos,

¹⁵ PERÈZ, Antonio Henrique Luño. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos. 1998, p. 26.

concretizando assim, a igualdade social. Ao todo, o texto constitucional reserva 45 direitos e garantias sociais.

Passando à frente, têm-se os Capítulos III – Da Nacionalidade, IV – Dos Direitos Políticos e V – Dos Partidos Políticos, os quais remetem aos direitos de nacionalidade, políticos e dos partidos políticos, respectivamente.

Por nacionalidade entende-se o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo com que este indivíduo se torne um componente do povo, capacitando-o a exigir sua proteção e em contra partida, o Estado sujeita-o a cumprir deveres impostos a todos.

Os direitos políticos, por sua vez, permitem ao indivíduo, através de direitos públicos subjetivos, exercer sua cidadania, participando de forma ativa das atribuições políticas do Estado.

Finalmente, direitos relacionados à existência, organização e a participação em partidos políticos garantem a autonomia e a liberdade plena dos partidos políticos como instrumentos necessários e imprescindíveis à preservação do Estado Democrático de Direito.

Importante ressaltar que os direitos fundamentais na Constituição de 1988 não estão adstritos aos capítulos aqui mencionados, pelo contrário, eles permeiam todo o texto constitucional. Exemplificando, verifica-se o artigo 225, assim transcrito: “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Conforme parágrafo primeiro, do artigo 5º da Carta Magna, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais no texto constitucional são de aplicação imediata, o que vale dizer que sua aplicação e eficácia não estão condicionadas a nenhuma circunstância mediata, sendo o bastante para evidenciar o tratamento diferenciado que os direitos fundamentais reclamam no âmbito das relações entre Constituição e Direito Privado. Todavia, muitas críticas insurgem quanto à necessidade de uma lei infraconstitucional para esclarecimento ou integração de muitos dos direitos fundamentais, principalmente quando se deparam com os direitos sociais, destaque para a “proteção do trabalho humano face a automação” do inciso XXVII que não foi implantado por falta de legislação regulamentadora. Diante

deste embaraço jurídico, na inexistência de uma norma infraconstitucional para definir conceitos empregados pelo texto constitucional, o direito fundamental não poderá ser exercido.

Ao analisar o corpo da Constituição é evidente a conclusão de que o conteúdo de direitos fundamentais é vasto, apresentando como um sistema completo e capaz de oferecer ao seu povo condições de dignidade e o exercício da cidadania. Porém, não basta estar escrito para que os direitos e garantias fundamentais sejam respeitados e exercitados, é necessário que a sociedade seja formada por cidadãos ativos que exijam efetividade de suas conquistas normativas, através de participação popular na gestão pública.

2 DIREITO DE PROPRIEDADE

2.1 Evolução histórica do direito de propriedade

Primeiramente, situaremos historicamente a propriedade observando o seu desenvolvimento ao longo dos tempos.

A História demonstra a existência da propriedade individual da terra em todas as civilizações, através de suas respectivas ordens jurídicas, como as Leis das XII Tábuas em Roma, Código de Manu, na Índia, Código de Hamurabi, na Babilônia.

Nos primórdios das civilizações os contornos originários da propriedade aparentavam uma centralização comunitária, não se

individualizando as coisas ou objetos, visão esta que se perdurou até a nova concepção trazida pelo Direito Romano.

Anteriormente à época romana, nos tempos primevos, falava-se apenas de propriedade de coisas móveis, especificamente de objetos de uso pessoal, como ferramentas de caça e pesca e peças de vestuário. O solo pertencia a toda coletividade, fazendo surgir a primeira manifestação de sua função social da propriedade. O homem não estava adstrito ao solo. Sua movimentação era uma atitude constante, de modo que, desaparecendo ou diminuindo os recursos naturais, estes se deslocavam para outras terras¹⁶.

Embora difícil precisar o momento em que surge a primeira forma de propriedade territorial, na época romana sobrepunha a visão individualista da propriedade, em que pese tenham existido duas formas de propriedade coletiva, a saber: a da *gens* e a da família. De *gens*, atribuía a cada pessoa uma pequena gleba. De acordo com esta visão, poderia o proprietário fazer uso do seu bem do modo que lhe conviesse, podendo destruí-lo, deixando-o improdutivo, sem ter que se preocupar com outra coisa a não ser com seus interesses particulares.

Com o fim desta propriedade coletiva das *polis*, inaugurou a chamada propriedade da família, que foi cedendo espaço ante o fortalecimento da autoridade do *pater* famílias, constituindo a propriedade privada como definida nos moldes atuais, explanados a seguir.

Resultado de experiência milenar, no Século VI d.c os romanos editaram o primeiro grande diploma civil que o homem conheceu, o chamado *Corpus Júris Civilis*, que disciplinou o direito de propriedade privada com todos os seus atributos (*jus utendi, fruendi, abutendi e rei vindicatio*) da forma como adotado pela maioria das nações, observadas as limitações peculiares de cada uma.

Na sequência, implantou-se no Continente Europeu uma nova concepção de propriedade que perdurou por toda a Idade Média, em decorrência das freqüentes ameaças de incursões de terras pelos povos conquistadores. Inicialmente os bárbaros germanos que se apossaram do Império Romano do ocidente, impondo um regime político e jurídico de

¹⁶ COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. 9ª ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1957. vol. 1. pg. 83.

propriedade que assegurasse a sua defesa e conservação. A propriedade feudal era demarcada entre dois titulares, um o usuário ou vassalo, a quem pertencia a titularidade do domínio útil e perpétuo e o outro o senhor feudal, titular do domínio direto da propriedade.¹⁷

Esse regime econômico-político da propriedade privilegiou os senhores feudais, uma vez que transformou na exploração dos usuários pelos senhores da terra, culminando movimentos de revolta, dando origem à Revolução Francesa de 1789, quando se proclamou a liberação dos ônus feudais, passando a propriedade a ser plena e exclusiva em favor dos usuários, consolidando, definitivamente, o instituto.

O Código Civil Napoleônico de 1804, considerado o primeiro grande Código Civil da era moderna, redefiniu o direito de propriedade nos moldes do Direito Romano, como direito de gozar, usar e dispor do bem de forma absoluta, seguido pelas demais nações européias e de grande parte do mundo civilizado.

Em 1848 na França, com o Manifesto Comunista organizado por Marx e Engels, dá-se início à reação socialista contra a propriedade individual e absoluta, defendendo a propriedade coletiva dos bens de produção, com o intuito de findar a luta de classes.

A encíclica “*Rerum Novarum*”, de Leão XIII, providenciou de maneira oportuna a conciliação das teses individualistas e socialistas sobre a propriedade então em ebulição e seu uso em proveito das pessoas e da coletividade. É daquele documento:

De facto, como é fácil compreender, a razão intrínseca do trabalho empreendido por quem exerce uma arte lucrativa, o fim imediato visado pelo trabalhador, é conquistar um bem que possuirá como próprio e como pertencendo-lhe; porque, se põe à disposição de outrem as suas forças e a sua indústria, não é, evidentemente, por outro motivo senão para conseguir com que possa prover à sua sustentação e às necessidades da vida, e espera do seu trabalho, não só o direito ao salário, mas ainda um direito estrito e rigoroso para usar dele como entender. Portanto, se, reduzindo as suas despesas, chegou a fazer algumas economias, e se, para assegurar a sua conservação, as emprega, por exemplo, num campo, torna-se evidente que esse campo não é outra coisa senão o salário transformado: o terreno assim adquirido será propriedade do artista com o

¹⁷ DILVANIR, José da. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, 36 n. 144 out./dez.1999, p 76.

mesmo título que a remuneração do seu trabalho. Mas, quem não vê que é precisamente nisso que consiste o direito da propriedade mobiliária e imobiliária? Assim, esta conversão da propriedade particular em propriedade colectiva, tão preconizada pelo socialismo, não teria outro efeito senão tornar a situação dos operários mais precária, retirando-lhes a livre disposição do seu salário e roubando-lhes, por isso mesmo, toda a esperança e toda a possibilidade de engrandecerem o seu património e melhorarem a sua situação.¹⁸

Essa reação socialista resultou em uma nova concepção de propriedade, deflagrada pela Revolução Industrial de 1917. Na mesma direção, a Constituição Alemã de Weimar avançou as idéias socialistas do direito de propriedade, reivindicando a inclusão da função social como atributo condicionante à sua configuração existencial. Esse atributo assegurou o direito de propriedade como regra, mas determinou, como exceção ao princípio, a sua função social, reunindo todo o conjunto de limitações à propriedade privada.

O regime legal de propriedade com características individualista, absoluta e ilimitada está definitivamente exilado das legislações da maioria das nações. Não se admite mais um sistema de propriedade que não considere em sua concepção as limitações em prol de atender os imperativos da solidariedade social.

Apesar das idéias revolucionárias a essa instituição, a propriedade privada reflete um imperativo das necessidades e do egoísmo humano.

2.2 Escorço sobre A Evolução Histórica do Direito de Propriedade Imóvel no Brasil Independente

A iniciativa do Estado em intervir na economia deu-se na tentativa de eliminar as desigualdades sociais, e, nas sociedades predominantemente urbanizadas, a superação das desigualdades passa necessariamente pela questão do acesso à terra urbana, permitindo vincular o direito de propriedade imobiliária ao Princípio da Função Social da Propriedade.

¹⁸ Carta Encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII sobre a condição dos operários. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html>. Acesso em 19 jan. 2009.

Segundo André Osório Godinho, “A terra, urbana ou rural, é um dos elementos fundamentais da vida humana. Nela a vida se desenvolve, nela a vida se sustenta.”¹⁹. Por isso, o Princípio da Função Social da Propriedade tem seu fundamento no Princípio da Função Social da Dignidade da Pessoa Humana, superando o individualismo do paradigma anterior. A propriedade cumpre sua função social, ao contribuir para a diminuição das desigualdades sociais viabilizando a inclusão territorial.

O conceito de função social, então, evoluiu juntamente com o conceito de propriedade, até que aquele incorporou este. Isso porque historicamente a noção de propriedade iniciou-se sob a forma comunal, alcançou posteriormente a categoria de individual e, atualmente, vincula-se ao social. Nos textos das Cartas Magnas brasileiras observam-se essas mudanças de modelos da propriedade ao longo do tempo.

O documento pátrio de 1824 incluiu o direito de propriedade no rol dos direitos individuais, garantindo-o em toda a sua plenitude. Aqui já existia a possibilidade de intervenção do Estado no domínio da propriedade privada, mediante a desapropriação. Contudo, essa prerrogativa do Poder Público de desapropriar bens particulares incidia sobre bens que cumpriam ou não sua função social, ou seja, a desapropriação possuía mero caráter de necessidade ou utilidade pública e não configurava natureza de sanção pelo inadequado aproveitamento do solo ou imóvel urbano.

A Constituição Brasileira de 1891 não inovou quanto ao direito de propriedade, mantendo, apenas, a propriedade como direito pleno permitindo a desapropriação em caso de necessidade ou utilidade pública.

A Constituição de 1934, por sua vez, foi a primeira a introduzir o conceito de função social da propriedade. Esta idéia foi inserida no texto constitucional devido à influência da Constituição Mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919. Afirmava a Constituição de 1934, em seu art. 113, n. 17, que: “É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar”. Essa nova idéia refletia os interesses de liberdade e democracia advinda do capitalismo.

¹⁹ GODINHO, André Osório. **Função Social da Propriedade**. In: Tepedino, Gustavo (coord.). Problemas de Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.400.

Embora tivesse reconhecido o caráter não absoluto do direito de propriedade, a Carta de 1937 não tratou da proibição deste exercício quando contrário ao interesse da coletividade.

A considerar, a Constituição de 1946 condicionou o uso da propriedade privada ao bem-estar social e diferenciou a propriedade do solo da propriedade do subsolo. Permanece o direito inviolável da propriedade, contudo, com a possibilidade de desapropriação por utilidade pública. Por outro lado, ditava o artigo 147 da mesma Carta que “(...) o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no artigo 141, § 16º, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”, e o termo função social da propriedade foi contemplado pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, no artigo 157 da Carta Constitucional de 1967.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira no Brasil e talvez seja uma das únicas no mundo a tratar diretamente da política urbana, dedicando o Capítulo II, do Título VII, especificamente para normatizar o tema, com o fim de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades, garantindo a todos os seus habitantes a perspectiva do bem-estar social, deixando o direito de propriedade expressamente vinculado ao cumprimento da sua função social. Regulou-se a competência de todos os entes federados, atribuindo-se competências específicas e comuns sobre a gestão urbana, através de dispositivos posteriormente regulamentados por leis infraconstitucionais, como no caso da Lei 10.257/2001, conhecida como Estatuto da Cidade.

Pode-se considerar que a decisão de tratar da política urbana foi tomada quando da aprovação do Regimento Interno da Assembléia Nacional Constituinte no início de 1987. O Regimento estabeleceu um processo de descentralização na elaboração da Constituição, pelo qual foram estabelecidas comissões temáticas. Daí a realização, no caso do tema “políticas públicas”, de audiências públicas, ouvindo representantes de todos os segmentos interessados, refletindo todas as posições existentes na sociedade. A transcrição desses depoimentos encontra-se no Diário da Assembléia Nacional Constituinte e constitui material vastíssimo para a interpretação do texto constitucional.

O Princípio da Função Social da Propriedade deve ser interpretado de forma sistêmica, conciliando interesses individuais e sociais diante da análise do caso concreto. Esse entendimento tem um especial sentido no contexto exegético da Constituição de 1988 e bem expressa a observação de Ronnie Herbert Barros Soares que trazemos à colação:

O direito de propriedade, reconhecido como um direito absoluto, exclusivo e perpétuo, ao longo do tempo vem sofrendo grande transformação, em especial após a introdução da teoria da função social, que hoje se espalha para todos os ramos do Direito.²⁰

Segundo Liana Portilho Mattos, a efetivação do princípio em tela pugna pela existência de diversos instrumentos aptos à sua concretização, tais como o Plano Diretor, definido pela Constituição de 1988 como o instrumento básico de política e desenvolvimento urbano pelo artigo 182, § 1º e a Lei Federal n. 10.257/01, conhecida como Estatuto da Cidade, que apresenta importantes diretrizes urbanísticas, tais como:

(...) a da gestão democrática da cidade e da cooperação entre todos os segmentos sociais e o governo para consecução do desenvolvimento urbano; a da condenação da retenção especulativa de imóvel urbano, que resulta na sua subutilização ou não utilização; a do combate à poluição e à degradação ambiental; a da justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização, a da promoção da regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, etc.²¹

A conformação da propriedade urbana ao plano diretor constitui uma manifestação inequívoca da interação entre as decisões de planejamento e as decisões de mercado a configurar o direito econômico em sua incontornável presença.

2.3 Conceito

²⁰ SOARES, Ronnie Herbert Barros. **Usucapião Especial Urbana Individual**. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2004. p. 1.

²¹ MATTOS, Liana Portilho. **A efetividade da função social da propriedade urbana à luz do Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2003. p. 95.

Ao procedermos à conceituação da propriedade, é necessário analisarmos o sentido etimológico do termo “propriedade”.

Para uns a expressão se origina do latim *proprietas*, derivado de *proprius*, aquilo que pertence a uma pessoa. Disso infere-se que, a propriedade resultaria, numa acepção ampla, de uma relação jurídica de apropriação de um determinado bem corpóreo ou incorpóreo. Outros compreendem que o vocábulo “propriedade” é originário de *domare*, significando sujeitar ou dominar, relacionando à idéia de *domus*. Logo, “domínio” se liga ao poder que se põe sobre as coisas que lhe estiverem afetas. A respeito Serpa Lopes alonga na etimologia²².

A teoria de que o direito de propriedade envolveria uma relação entre um indivíduo e uma coisa, gozando de caráter absoluto, não mais se sustenta, haja vista que, para se concretizar uma relação jurídica, necessário se faz a vinculação entre pessoas e não objeto e pessoa, como se propôs.

O caráter absoluto do direito de propriedade, tal como concebido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, segundo a qual seu exercício não estaria limitado senão na medida em que ficasse garantido aos outros indivíduos o exercício de seus direitos, foi sobrepujado pela transformação social ao longo do tempo, até alcançar a concepção moderna da propriedade como função social.

Assim, o direito de propriedade é real, mas não absoluto e ilimitado, como pretendem as teorias do liberalismo econômico.

Simplista não é a tarefa de conceituar a propriedade, haja vista a vasta gama dos poderes do proprietário que possibilitam alguma definição do termo. O nosso próprio Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1.228, *caput*, embora não o defina, fornece subsídios para a elaboração de um conceito, ao enunciar o seu conteúdo. Colacionamos:

(...) 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.

Deste texto normativo extrai-se que a propriedade é o direito garantido às pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, dentro de contornos normativos, de exercer o uso, gozo e disposição de uma coisa, corpórea ou

²² SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 4^a.ed, v. 6, p.231.

incorpórea, podendo reivindicá-la de quem injustamente a detenha. No direito romano, estes direitos se denominam *jus utendi* (uso), *fruendi* (fruição), *abutendi* (disposição) e *rei vindicatio* (reivindicação).

Embora definamos propriedade como o exercício de usar, fruir, dispor e reivindicar de um bem, não equivale a dizer que a propriedade é a adição destes atributos, ela é direito que compreende a faculdade de agir utilizando destes atributos de forma aleatória, convencional. A utilização dos atributos pode ocorrer de forma unívoca ou aleatória.

Ao reunir todas essas faculdades em uma só pessoa, esta terá a propriedade plena. Porém, se algum destes atributos for desmembrado, transferindo a outrem, verifica-se que o proprietário tem o domínio eminente, embora o uso da coisa passe ao conteúdo patrimonial de outra pessoa, a qual terá o domínio útil.

Diante da importância dos atributos citados para a conceituação de propriedade, passemos a tratá-los individualmente.

O direito de usar do bem é o de extrair dela todas as vantagens que se pode prestar, sem que haja deterioração em sua substância. O titular deste atributo possui a faculdade de empregá-lo conforme sua conveniência, seja em proveito próprio ou de outrem, e até mesmo não utilizá-lo, dentro dos contornos legais, através do cumprimento de sua função social, possibilitando o bem estar coletivo.

O atributo de fruir externaliza na percepção dos frutos e na utilização dos produtos da coisa. É o direito de desfrutar da coisa ou de obter vantagens econômicas. Esta qualidade integrante do instituto da propriedade liga-se ao conceito civil de acessório e principal, em que tudo o que se unir ao bem, desde que não possa ser suprimido sem destruição de sua substância, além de tudo que se empregar objetivando seu proveito econômico, aformoseamento ou comodidade, integra o principal. Os artigos 92 e 1.232, do diploma civil brasileiro, analisados conjuntamente confirma o destacado:

Art. 92. Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; acessório, aquele cuja existência supõe a do principal.

Art. 1.232. Os frutos e mais produtos da coisa pertencem, ainda quando separados, ao seu

proprietário, salvo se, por preceito jurídico especial, couberem a outrem.

O *jus abutendi*, que corresponde ao direito de dispor da coisa, abarca a possibilidade de consumi-la ou gravá-la de ônus, ou ainda, de subordinar ao serviço de outrem.

A fim de esclarecer as qualidades atribuídas ao direito de propriedade, importantes são os exemplos de Mourlon²³ que destaca que usar de uma casa é habitá-la, dela gozar, alugá-la e dela dispor: demoli-la ou vendê-la; usar de um quadro é utilizá-lo na decoração de uma casa, dele gozar é exibí-lo numa exposição a troco de dinheiro e dele dispor é destruí-lo ou aliená-lo ou, ainda, doá-lo.

Por derradeiro, tem o *rei vindicatio* que consiste no direito do proprietário de mover ação para alcançar o bem de quem injustamente o detenha, em consequência de seu direito de seqüela.

2.4 A Garantia do Direito de Propriedade na Constituição de 1988

O instituto jurídico da propriedade tem seu sustentáculo na Constituição pátria, que a garante desde que no seu exercício haja o cumprimento de sua função social. Colacionamos, para tanto, o artigo 5º, inciso XXII – “é garantido o direito de propriedade”, e inciso XXIII – “a propriedade atenderá a sua função social”.

A propriedade não constitui uma instituição única, mas várias em correlação com os diversos tipos de bens e titulares. Assim, a Constituição garante o direito de propriedade em geral no artigo 5º, inciso XXII, mas garante a propriedade urbana no artigo 182, § 2º e a propriedade rural no artigo 5º, inciso XXVI e artigos 184 a 186, com seus regimes próprios.

Em havendo vários tipos de propriedade, infere-se que se cada um assume características peculiares, o regime jurídico da propriedade é um complexo de normas administrativas, urbanísticas, empresariais e civis, sob fundamento das normas constitucionais.

²³ Mourlon, *Répétitionsécrites sur de Code Civil*, v. 1, p. 737, apud MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1978, vol. 1. p. 91.

O texto constitucional garante o direito de propriedade em inúmeros dispositivos, a saber: artigo 5º, incisos XXII, XXIII, XXIV, XXX, 170, II e III, artigos 176, 177, 178, 182, 183 a 186, 191 e 222.

Esse universo de dispositivos constitucionais que abarcam o direito de propriedade infere que não há mais falar em direito individual ou mesmo em instituto de Direito Privado, embora o artigo 170, incisos II e III da Carta Magna insira, dentre outros meios, como princípio informador da ordem econômica. Esta disposição vincula o Princípio da Propriedade Privada ao alcance da finalidade da ordem econômica, qual seja, “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” como do artigo 170.

A Carta Magna garante o direito de propriedade, estabelecendo seu regime fundamental, enquanto o Direito privado, aqui entendido no campo do Direito Civil, somente disciplina as relações civis a ela concernentes. Logo, as normas civilistas terão de ser aplicadas em consonância com os ditames constitucionais.

A Constituição prevê muitas propriedades especiais.

A título ilustrativo, o artigo 5º, inciso XXVI reconhece que a “pequena propriedade, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento”. Já o artigo 5º, inciso XXVII assegura o direito autoral, conferindo aos autores o direito exclusivo de utilizar, publicar e reproduzir suas obras, sendo este direito transmissível aos herdeiros pelo tempo fixado em lei. O mesmo artigo 5º, inciso XXIX assegura aos autores a propriedade de inventos, de marcas e indústrias, em virtude do interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

2.5 A Função Social da Propriedade Privada à Luz do Estatuto da Cidade

A função social da propriedade é imprescindível para que se tenha um mínimo de condições para a convivência social. Desta forma, a função social da propriedade a vincula não só à produtividade do bem, objeto do direito de propriedade, mas também aos anseios da justiça social, exercida em

proveito da coletividade. Daí, falar-se que o princípio da função social da propriedade constitui a peça-chave do direito urbanístico.

Há limitação ao direito de propriedade com o objetivo de reprimir abusos e impedir seu exercício em dissonância com o bem-estar social.

O direito de propriedade deve ser exercido conjugando os interesses do proprietário, da sociedade e do Estado, impedindo o individualismo e o uso descomedido do domínio.

A propriedade, no sistema atual, não é considerada somente como direito, mas principalmente como uma função e como um produto coletivo de adequação social e jurídica.

A eficiência das cidades, enquanto provedoras de qualidade de vida para seus habitantes, depende do modo como funcionam o mercado imobiliário urbano e a atuação do Estado. Ambos dependem, entretanto, de uma estruturação institucional capaz de planejar ações resultantes de políticas públicas.

Ao analisar sistematicamente o conteúdo da Carta Magna referente ao direito de propriedade e seus desdobramentos, tem-se que embora seu artigo 5º, inciso XXII garanta o direito de propriedade, ela exige que o seu exercício seja feito nos ditames da função social. Isso faz com que a função social da propriedade a vincule não somente à produtividade do bem, como também aos anseios da justiça social. Conclusivo, portanto, que a utilização social da propriedade está atrelada ao exercício e não ao direito de propriedade.

A norma que abarca o instituto da função social da propriedade tem operatividade imediata, assim como o têm todos os demais princípios constitucionais. Essa aplicabilidade plena se concretiza a vista da incidência na estrutura e no próprio conceito de propriedade.

A despeito de inovar, trazendo capítulo referente exclusivamente à ordem urbana, a Constituição de 1988 remete o estabelecimento da função social da propriedade ao Plano Diretor de cada Município. O problema é que, segundo o texto constitucional, o Plano Diretor é obrigatório apenas para cidades com mais de vinte mil habitantes²⁴. A Lei Federal n. 10.257/2001, conhecida como “Estatuto da Cidade”, ao estabelecer diretrizes gerais da

²⁴ MUKAI, Toshio. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. São Paulo: Saraiva, 2002.

política urbana, veio, em seu artigo 41, ampliar a exigência de Plano Diretor às cidades integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no §4º do artigo 182 da Constituição Federal, integrantes de áreas de especial interesse turístico, inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

A falta de adequação do direito de propriedade à ideologia constitucionalmente adotada (do Estado Social) levou a uma interpretação do texto de 1988 demasiadamente simplificada e que passaria pelas afirmativas: a propriedade atenderá a sua função social; atender a função social da propriedade é cumprir o Plano Diretor; o Plano Diretor é obrigatório somente para cidades com mais de vinte mil habitantes.

Conclui-se, então, que, sem a existência de Plano Diretor, não há função social da propriedade urbana. E, nesse sentido, mais de 70% dos municípios brasileiros, segundo o censo de 2000 do IBGE, não estaria adstritos ao cumprimento da função social da propriedade.

Dessa forma, a política urbana no Brasil foi negligenciada durante anos, até o advento da Lei Federal n. 10.257/2001, que entrou em vigor no dia 10 de outubro de 2001, regulamentando os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelecendo diretrizes gerais da política urbana.

Com a promulgação da Lei n. 10.257/2001, que ficou conhecida como o Estatuto da Cidade, cujo objetivo é o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade e da cidade²⁵, a idéia de que o Princípio da Função Social da Propriedade Urbana era um comando constitucional meramente programático foi definitivamente substituída pelo reconhecimento de que tal princípio é um preceito imperativo ao ordenamento e desenvolvimento urbano.

O Estatuto da Cidade constitui um microssistema jurídico com cunho eminentemente social, pois visa o melhor aproveitamento da propriedade urbana, com os mesmos desígnios programáticos do Código Civil. Tanto o é que define um capítulo exclusivo sobre a “gestão democrática da cidade” que objetiva a efetiva participação popular nos embates urbanos.

²⁵ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 7.ª ed. Saraiva, 2006, p.270.

Para efetivação do Princípio da Função Social da Propriedade, a leitura sistemática da Constituição de 1988 sempre foi mais que suficiente. Todavia, o Estatuto da Cidade é um marco importante para o envolvimento da sociedade no processo de redefinição dos espaços urbanos e na consolidação da gestão democrática da cidade.

Nesta perspectiva, cumpre ao Estado fazer valer a função social da propriedade, enquanto ao proprietário, detentor do espaço, assegura-se o direito de uso, fruição, disposição e reivindicação deste; porém, esse direito tem de ser exercido de forma a atender às necessidades sociais, em virtude de estar inserido no Estado Democrático de Direito.

Com isso verifica-se uma ruptura da concepção antiga de propriedade. A visão hodierna de propriedade adota como pilar a sua função social, sendo esta garantidora do máximo princípio da dignidade da pessoa humana trazido na abertura do texto constitucional de 1.988.

A inserção do Princípio da Função Social no conceito de propriedade fez mudar esse próprio conceito para um direito que permite ao seu titular usar, gozar e dispor de certos bens desde que promova o seu adequado aproveitamento. Nesta esteira, colaciona as palavras de André Osório Godinho:

A função social não significa uma derrogação da propriedade privada, que continua existindo, mas um instrumento de garantia da própria propriedade, uma vez que representa a defesa contra qualquer tentativa de socialização sem prévia e justa indenização.²⁶

A fonte geradora da limitação ao direito de propriedade é a própria Constituição Federal.

Percebe-se, então, com a Carta Magna, a grande importância da função social da propriedade como direito fundamental. O direito de propriedade deve amoldar-se para restar configurada a inclusão social e territorial deixando de lado a especulação, ou seja, faz-se necessário o conhecimento do verdadeiro alcance do Princípio da Função Social da Propriedade como norma de aplicabilidade imediata, assim como todos os outros princípios constitucionais.

²⁶ GODINHO, André Osório. **Função Social da Propriedade**. In: Tepedino, Gustavo (coord.). Problemas de Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 418.

Em harmonia com o comando constitucional, o diploma civil, em seu artigo 1.228, § 1º a 5ª distancia o caráter individual, refutando o uso descomedido da propriedade e condicionando a convivência privada ao ideal coletivo. Assim transcrevemos:

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.

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

A propriedade está impregnada de socialidade e limitada pelo interesse público, situações que, sem dúvida, a solidificam e lhe garantem continuidade estreitada com os interesses sociais que a cercam. O atendimento ao Princípio da Função Social da Propriedade exige não somente que seu uso seja compatível com a finalidade socioeconômica do bem, mas de igual forma que sua utilização considere o meio ambiente, as relações de trabalho, o bem-estar social e a utilidade de exploração.

Todo o alicerce do Estatuto da Cidade tem como objetivo inserir o cidadão em ambientes urbanos eficientes onde possa pôr em prática seus propósitos com sua família, no que se denomina desenvolvimento sustentável. Nessa ótica, o Estatuto da Cidade versa sobre o parcelamento do solo urbano, edificação e utilização compulsória, a forma do IPTU progressivo como meio de obrigar o proprietário a fazer uso correto do bem, sob pena de desapropriação, como instrumentos de política urbana. Em seguida, o Estatuto trata do Plano Diretor. Ainda, a lei traça normas sobre a usucapião especial de imóvel urbano, regulamentando o artigo 183 da Carta Magna, bem como ao direito de superfície, entre outros institutos civis.

2.6 A Previsão do atual Código Civil sobre o Direito de Propriedade

O Código Civil Brasileiro considerando a relevância do tema objeto deste trabalho cuidou de guardar diversos artigos concernentes ao direito de propriedade, o qual atribuiu a noção de propriedade-função, ao reconhecer que o direito deve ser exercido conforme suas finalidades econômicas, sociais e culturais. Dentre os dispositivos legais passaremos ao destaque de uns, não pormenorizando os que, porventura, não forem da mesma forma salientados.

Considerando a estrutura do diploma civil tem-se que a propriedade está normatizada no artigo 1.228 e seguintes.

Diante do que foi analisado, o direito de propriedade é o direito mais amplo existente do indivíduo em relação à coisa. Esta liga-se à senhoria do proprietário, através dos poderes que lhes são atribuídos, quais sejam: *ius utendi*, *fruenti*, *abutendi* e *rei vindicatio*, já analisados e definidos anteriormente. Transcrevemos do Código Civil:

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..

O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 187, normatiza que o direito de propriedade utilizado incorretamente, sem finalidade ou emulativos (intenção de causar dano a outrem e não de satisfazer uma necessidade ou interesse do seu titular) constitui abuso de direito, configurando vício de ilicitude, trazendo como efeito o dever de indenizar o lesado pela conduta ilegal.

Embora o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1.299 defina os limites materiais da propriedade imóvel, inserindo o critério da utilidade real acima do princípio do poder ilimitado, admitindo ao proprietário erguer em seu terreno todas as construções que desejar, evidencia-se, por óbvio, que não são permitidas as ações do proprietário do imóvel que prejudiquem a segurança, o sossego ou a saúde do vizinho, ainda que esses atos venham atender algum interesse de quem os pratica. Para essa prática, o diploma civil consigna abuso de direito, ensejando responsabilidade civil.

O uso de um direito, poder ou coisa além do permitido ou excedendo as limitações jurídicas, violando a sua finalidade econômica ou social, lesando outrem, traz como efeito o dever de indenizar. Reportando ao direito de

propriedade, a situação exemplificativa de abuso de direito está na construção de uma chaminé falsa, cujo único objetivo é a retirada do acesso da luz ao imóvel vizinho. Embora esse exemplo não esteja explicitamente no rol das restrições do direito de vizinhança do artigo 1.301 e seguintes, não há dúvida tratar-se de ato emulativo, portanto, não admitido no direito pátrio.

3 USUCAPIÃO

3.1 Conceito

O vocábulo usucapião tem origem em usucapio, expressão latina decorrente da junção de usus e de capio, que significa tomar pelo uso. O vocábulo pode ser utilizado no masculino²⁷ e no feminino²⁸, tanto que, em que pese a origem latina que remete “a usucapião”, o Código Civil de 1916 a utiliza

²⁷ BUENO, Silveira. **Grande Dicionário Etimológico-Prosódico da Língua Portuguesa**. São Paulo: Editora Brasília. 1967 vol. 8, p.4.167.

²⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**, Curitiba: Editora Positivo, 2004, 3ª ed., p. 2.038.

no masculino, “o usucapião”, como aponta Sílvio de Salvo Venosa²⁹. A respeito da etimologia, da grafia e do gênero do vocábulo Benedito Silvério Ribeiro faz detalhada e esclarecedora abordagem³⁰.

Com o advento em 2002 do Código Civil atualmente em vigor o vocábulo teve uso no feminino, “a usucapião”, como aqui adotado.

Diversas as suas definições no curso do tempo e das leis. Ainda, Benedito Silvério Ribeiro³¹ as apresenta a partir de Ulpiano, passando por Modestino, por Pedro Nunes em sua obra clássica *Do Usucapião e Lafayette* em “Direito das Causas”. O próprio tratadista expõe ao final uma definição valiosa. Gizamos:

Sendo, assim, a usucapião uma forma aquisitiva do domínio pela posse prolongada e desde que observados os requisitos estabelecidos na lei, tem-se que os elementos caracterizadores da usucapião ordinária, da extraordinária e das especiais encontram-se como complementadores da definição.³²

Destacamos da lavra de Caio Mário da Silva Pereira³³:

Daí podermos, reportando-nos aos civilistas como Lafayette, Beviláqua, Espínola, Mazeaud e Mazeaud, De Page, enunciar uma noção: Usucapião é a aquisição da propriedade ou outro direito real pelo decurso do tempo estabelecido e com a observância dos requisitos estabelecidos em lei. Mais simplificada, tendo em vista ser a posse que, no decurso do tempo e associada às outras exigências, se converte em domínio, podemos repetir, embora com a cautela de atentar para a circunstância de que não é qualquer posse senão a qualificada: Usucapião é a aquisição do domínio pela posse prolongada.

Usucapião é uma forma de aquisição originária da propriedade e dá-se mediante a posse, presentes os requisitos da lei. O Código Civil de 1916,

²⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2007, 7ª ed, v. 5. p. 182.

³⁰ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. São Paulo: Saraiva, 2007. 5ª ed p. 173-189

³¹ RIBEIRO, Benedito Silvério. Ob. Cit., p.189-191

³² RIBEIRO, Benedito Silvério. Ob. Cit., p. 191

³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Forense, 19ª ed., 2006, vol. 4, p.138.

hoje revogado, apontava em seu artigo 550 o conceito do instituto voltado basicamente à aquisição de domínio pela posse prolongada. Esse conceito, em que pese simples, contém elementos essenciais para compreensão e merecedores de análise, em que pese voltado ao usucapião de propriedade sobre bem imóvel, afastada a aquisição de outros direitos reais como servidões, domínio útil na enfiteuse, usufruto, uso e habitação, como também afastada a aquisição de bens móveis.

O primeiro de tratar-se de forma de aquisição de propriedade, assim expresso no atual Código Civil, ao lado de outras formas aquisitivas, tanto da propriedade imóvel quanto da propriedade móvel – Livro III, Título III, Capítulos II e III, artigos 1.238 a 1.274. Dele transcrevemos:

Art. 1.238. 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.

Art. 1.260. Aquele que possuir coisa móvel como sua, contínua e incontestemente durante três anos, com justo título e boa-fé, adquire-lhe-a a propriedade.

Esta aquisição, nas suas diversas modalidades, como ordinária e extraordinária, poderá dar-se sobre a propriedade tanto móvel e semovente quanto imóvel, variando as condições legais. Destacamos palavras de Maria Helena Diniz:

A usucapião é modo de aquisição originária de bens móveis. O fundamento em que se baseia a usucapião de bens móveis é o mesmo que inspira a dos imóveis, ou seja, a necessidade de dar juridicidade a situações de fato que se alongaram no tempo; por isso seus conceitos são idênticos, exceto no que se refere aos prazos que, em relação às coisas móveis, são mais curtos, ante a dificuldade de sua individualização e facilidade de sua circulação.

A principal característica dessa forma de aquisição é ser originária, ou seja, na origem, sem continuidade em relação à propriedade anterior que não é transmitida, mas cessa simplesmente. Esta aquisição independe da vontade do proprietário ou de seus direitos em relação à coisa típica da aquisição derivada e se dá por reconhecimento do Estado, surge em razão do

atendimento de suas exigências legais conforme ato de Estado-juiz. O reconhecimento da propriedade pelo Estado-juiz nas mãos daquele que usucapir, atendidos seus requisitos, é ato de aquisição originária, fruto da relação do usucapiente detentor da posse com o estado, por meio da posse detida, independentemente de qualquer aspecto de transmissão ou de qualquer relação com anterior proprietário, a ponto de se ter por irrelevante sua condição. A aquisição originária não tem qualquer relação de causalidade e tem existência a partir do ato do qual resulta com o anterior estado jurídico da coisa.

Ao tratar da forma de aquisição da usucapião, sempre apontada de forma absoluta como originária, Benedito Silvério Ribeiro³⁴ diz da existência de entendimentos minoritários e divergentes que a qualificam como derivada em razão da “negligência ou prolongada inércia de seu proprietário com o *non usus* da coisa”, ou, ainda, de outros entendimentos que não a vêem como originária nem mesmo derivada. Dentre os que entendem como sendo forma de aquisição derivada, em que involuntária, em razão da relação vista como estabelecida entre o usucapiente e o então proprietário da coisa quando da posse continuada, este perdedor da propriedade com proveito do adquirente, está Caio Mário da Silva Pereira³⁵, tido por Moreira Alves quando de julgado no Supremo Tribunal Federal com posição solitária diante do extenso rol de autores nacionais e estrangeiros que oferecem em sustentação a diversa e majoritária posição³⁶. No entanto, Benedito Silvério Ribeiro encerra a questão com a seguinte observação:

A usucapião, no dizer de Adroaldo Furtado Fabrício, é forma originária de adquirir: o usucapiente não adquire de alguém; adquire, simplesmente. Se a 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. Aliás, é todo irrelevante, do ponto de vista da prescrição aquisitiva, a existência ou não daquele direito anterior.³⁷

³⁴ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. São Paulo: Saraiva, 2007. 5ª ed. p. 170

³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Forense, 19ª ed., 2006, vol. 4, p. 119.

³⁶ RTJ 117/652.

³⁷ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. São Paulo: Saraiva, 2007. vol 1, 5ª ed., p. 172.

Ainda, em mesmo sentido são as palavras de José Carlos de Moraes Salles³⁸ das quais destacamos:

(...) a reação jurídica decorrente da usucapião brota como direito novo, independentemente de qualquer vinculação do usucapiente com o proprietário anterior, o qual, se existir, não será o transmitente do bem. Como já dissemos em outra obra, na aquisição originária não há transmissão por interposta pessoa. A aquisição é direta, de modo que o adquirente faz seu o bem apropriado, sem que este lhe seja transmitido por outrem.

O reconhecimento da Usucapião como forma de aquisição originária pelo Estado-juiz remete à necessidade de adoção de procedimento judicial específico previsto na legislação processual e aponta aos aspectos registraes subseqüentes.

Por fim, de que este tem ensejo quando ocorre atendimento das condições especificadas em lei das quais a posse prolongada tem aspecto fundamental, a ponto de permitir que se diga que a Usucapião é forma de aquisição da propriedade por meio da posse prolongada.

Transcrevemos as palavras de Sílvio de Salvo Venosa:

A posse prolongada da coisa pode conduzir à aquisição da propriedade, se presentes determinados requisitos estabelecidos em lei. Em termos mais concretos, denomina-se usucapião o modo da aquisição da propriedade mediante a posse suficientemente prolongada sob determinadas condições.³⁹

A posse no direito brasileiro merece atenção, especialmente quanto ao que efetivamente seja o *animus domini* de que deve revestir para fins da usucapião. Segundo palavras de Cássia Celina Paulo Moreira da Costa⁴⁰ a intenção de dono se dá na relação fática entre pessoa e coisa, com nuances econômicas. A respeito, gizamos:

³⁸ SALLES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de Bens Imóveis e Móveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 6ª ed., 2ª tiragem, 2006, p. 50.

³⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2007, 7ª ed, v. 5. p. 182.

⁴⁰ COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira. **A Constitucionalização do direito de Propriedade Privada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 115.

Em nosso sistema jurídico positivo, a posse não exige a intenção de dono, e nem reclama o poder físico sobre a coisa. Configura-se como relação de fato entre a pessoa e a coisa, observando-se a utilização econômica desta. Na lição de Caio Mário “é a exteriorização da conduta de quem procede como normalmente age o dono. É a visibilidade do domínio.

E continua dizendo da posse justa, aquela que não contrária ao direito, que não repugna ao direito e, conseqüentemente destituída dos vícios da violência, clandestinidade e precariedade. Retomamos suas palavras:

é justa aquela que não repugna ao direito, cuja aquisição está isenta de vícios objetivos originais (violência, clandestinidade e precariedade), ou injusta, cuja aquisição repugna ao direito, ilícita na sua aquisição, onde se verifica a existência de um dos vícios originais: violência é a que se adquire pela força; clandestinidade a que se adquire às ocultas, agindo às escondidas e, precariedade, é a que se adquire por abuso de confiança, configurando um delito penal, no caso do depositário infiel, de obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa ou do direito de possuidor, e má-fé, quando o possuidor exerce a posse a despeito de estar ciente de que a mesma é “viciada” ou, encontra qualquer outro obstáculo jurídico a sua legitimidade. No entanto, antes de mais nada, é preciso saber se alguém é ou não possuidor e para isto não é necessário saber a relação jurídica em que se baseia a posse.⁴¹

Ao tratarmos da usucapião dentro das previsões do Código Civil nos deparamos, também por determinação histórica ali contida, com a prescrição aquisitiva, instituto com o qual guarda aspectos comuns e grande proximidade. É que sendo a usucapião relativa à aquisição da propriedade, situada no conjunto do Direito das Coisas, a prescrição, tipicamente extintiva, trata da extinção de direitos reais e pessoais. Tanto que Benedito Silvério Ribeiro aponta a origem do que tem como confusão de institutos a partir da unicidade de tratamento entre eles encontrada no Código Civil Francês, seguido pelos italiano, chileno e argentino e é muito claro ao dizer que:

(...) arraigado o costume de mencionar-se a expressão “prescrição aquisitiva”, no sentido de forma de aquisição da propriedade, com o significado de usucapião.
“O seu uso inapropriado encontra fundamento nos antecedentes históricos, em que a prescrição exercia

⁴¹ COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira. Ob. Cit., p. 116 e 117.

função aquisitiva do domínio, de vez que não restringia meramente a extinguir ações⁴²

Sílvio Rodrigues⁴³ deixa clara a distinção da prescrição extintiva da prescrição aquisitiva e identifica expressamente a usucapião com esta, ou seja a aquisição pelo decurso do tempo, atendidas as demais exigências legais. Cáo Mário da Silva Pereira⁴⁴, com citação de Lafayette, Ruggiero e Maroi, ressalta que a denominação da usucapião como prescrição aquisitiva é uma impropriedade.

Vê-se que estabelecida uma diferença de posições que Washington de Barros Monteiro⁴⁵ atribui ao seguimento dos conceitos do Código Civil Francês por alguns e do sistema alemão, este fundado na tradição romana da usucapião com vida própria e autônoma, por outros.

Bom esclarecer que não é o *dominus* que simplesmente perde a propriedade da coisa pelo não uso prolongado, mas esta ocorre pela conjugação dentro do todo dos requisitos legais do comportamento negativo ou omissivo daquele e simultaneamente do comportamento positivo ou comissivo do possuidor, ambos em relação à coisa.

O tempo da posse é aspecto de máxima relevância e aponta aos efeitos do tempo sobre as relações jurídicas a ponto de acarretar extinção ou permitir aquisição de direito. Nesse aspecto, o elemento tempo, tão significativo no Direito, assume o papel de grande influência na constituição de relações jurídicas. Daí a observação de Ebert Chamoun⁴⁶ de que a usucapião é a transformação da posse em propriedade pelo decurso do tempo.

Mas não se pode dizer de usucapião sem que se aponte as previsões constitucionais e legais nas quais fundadas, que lhe garantem admissibilidade em nosso ordenamento e lhe dão o necessário contorno. Instituto constitucionalizado pela Constituição Federal de 1988 teve seus

⁴² RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. São Paulo: Saraiva, 2007. 5ª ed. p 191.

⁴³ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. Saraiva: São Paulo, 2006 vol. 5, 28ª ed, p. 108.

⁴⁴ PEREIRA, Cáo Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Forense, 19ª ed., 2006, vol. 4, p. 137.

⁴⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Saraiva: São Paulo, vol 6, 39ª ed, p. 124.

⁴⁶ Apud RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. São Paulo: Saraiva, 2007. vol.1, 5ª ed., p. 192.

aspectos urbanos e de natureza social regulados pelo Estatuto da Cidade – Lei n. 10.257/2001 e suas indicações seguidas pelo atual Código Civil.

As previsões constitucionais de amparo da propriedade privada parecem ser confrontadas pela previsão da usucapião, quando o proprietário tem seu lugar ocupado pelo possuidor a ponto de se ver despojado do lugar de *dominus*. Na verdade, todo o arcabouço jurídico se volta ao útil, ao dinâmico, ao produtivo, afastando direitos que permaneçam inertes, sem exercitação ou sem utilização, sempre a favor do interesse social, inclusive ao amparar a propriedade privada e criar exceções a favor da moradia e da produção. A respeito desse aspecto de constitucionalidade Benedito Silvério Ribeiro⁴⁷ nos oferece palavras esclarecedoras:

A propriedade, no espírito do vigente Código Civil, é voltada para o seu sentido social, tal como estabelecido na Constituição de 1988, sendo que a usucapião constitui meio eficaz hábil para proporcionar moradia e permitir maior dinâmica no uso da terra.

O próprio texto constitucional de 1988 reconheceu expressamente a função social da propriedade em seu artigo 5º, XXIII, e artigo 170, III, no mesmo sentido do que adotado pelos constituintes na Carta de 1946 – artigo 147, Carta de 1967 – artigo 157, III, e na Emenda Constitucional de 1969 – artigo 160, III.

Esse sentido social da propriedade é funcional e de conteúdo ideológico, diz da função a ser exercida pela propriedade nas relações sociais. Esclarecedoras as palavras de Cássia Celina Paulo Moreira da Costa⁴⁸:

O reconhecimento pelo sistema jurídico de que o direito de propriedade em seu exercício deveria voltar-se aos interesses gerais da coletividade, em detrimento do dos particular, a propriedade funcionalizou-se socialmente. Assim, representa dizer que, se opera maior relevância ao propósito econômico e social da propriedade do que ao seu aspecto estrutural.

⁴⁷ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 1, 5ª ed., p.239.

⁴⁸ COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira. **A Constitucionalização do direito de Propriedade Privada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 85

E continua a seguir:

Como princípio constitucional, o mencionado princípio da função social da propriedade exige do intérprete, para sua aplicação, a integração desse em todo o sistema constitucional e paralelamente, com o Código Civil, que é o ponto nuclear de todo o ordenamento privado ... E com isso, o sistema jurídico se estabelece como uno, integrado e o direito de propriedade, revelado em sua função social, mantém-se resistente no ordenamento positivo, em decorrência de sua maleabilidade ao desempenhar implicações que viabilizam a justiça social nas relações jurídicas e sociais.⁴⁹

A respeito do trato constitucional do instituto da usucapião, da relação estabelecida entre a garantia do direito de propriedade e os interesses sociais estabelecidos em torno dela, são oportunas as palavras de Silvio Rodrigues⁵⁰ aqui trazidas:

A usucapião se fundamenta, como vimos, no propósito de consolidação da propriedade, pois, por seu intermédio, empresta-se base jurídica a meras situações de fato. Assim, de um lado, estimula o legislador a paz social, e, (...).

Nesta esteira é também a lição de José Carlos de Moraes Salles⁵¹ a merecer transcrição:

Todo bem, móvel ou imóvel, deve ter uma função social. Vale dizer, deve ser usado pelo proprietário, direta ou indiretamente, de modo a gerar utilidades. Se o dono abandona esse bem, se se descuida, no tocante à sua utilização, deixando-o sem uma destinação e se comportando desinteressadamente como se não fosse o proprietário, pode, com tal procedimento, proporcionar a outrem a oportunidade de se apossar da aludida coisa. Essa posse, mansa e pacífica, por determinado tempo previsto em lei, será hábil a gerar a aquisição da propriedade por quem seja seu exercitador, porque interessa à coletividade a transformação e a sedimentação de tal situação de fato em situação de direito.

⁴⁹ COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira. **A Constitucionalização do direito de Propriedade Privada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p 88.

⁵⁰ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Saraiva: São Paulo, 2006, vol. 5, 28ª ed, p. 108.

⁵¹ SALLES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de Bens Imóveis e Móveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 6ª ed., 2ª tiragem, 2006, p. 49.

Interessa à paz social a consolidação de fato na pessoa do possuidor, convertendo-a em situação de direito, evitando-se assim, que a instabilidade do possuidor possa eternizar-se, gerando discórdias e conflitos que afetem perigosamente a harmonia da coletividade. Assim, o proprietário desidioso, que não cuida do que é seu, que deixa o seu bem em estado de abandono, ainda que não tenha a intenção de abandoná-lo, perde sua propriedade em favor daquele que, havendo se apossado da coisa, mansa e pacificamente, durante o tempo previsto em lei, da mesma cuidou e lhe deu destinação, utilizando-a como se fosse sua.

Na busca do útil, dinâmico e produtivo, de igual forma, encontra-se tratado o instituto da prescrição extintiva e aquisitiva, contrário a que direitos permaneçam estáticos e suspensos no tempo. Esse é instituto de ordem pública e que não se condiciona aos interesses individuais.

A respeito da legitimidade da prescrição aquisitiva, Serpa Lopes⁵² nos oferece palavras merecedoras de atenção:

(...) nada há de incompatível entre o sistema desse mesmo registro com o valor probante absoluto e a admissão dessa forma aquisitiva, que é uma situação susceptível de se criar e se desenvolver ao lado desse mesmo registro, alimentada pela negligência do proprietário legítimo.

A respeito são valiosas as palavras de Benedito Silvério Ribeiro⁵³:

Ressalta o insigne Lafayette que a aquisição do domínio por via da prescrição se consoma à custa de uma perda imposta ao proprietário, mas que esta prática sai fora das regras fundamentais do direito. Assinala ainda que a prescrição estabelece a firmeza da propriedade, corta pela raiz um grande número de pleitos, planta a paz e a tranqüilidade na vida social: tem a aprovação dos séculos e o consenso unânime dos povos antigos e modernos.

Nesse grande contexto da garantia constitucional da propriedade privada, acolhida como direito fundamental, e o trato paralelo da Usucapião no mesmo texto e na legislação infraconstitucional, cabe chamar atenção para a manifestação contrária ao entendimento de que é um instituto efetivamente garantidor da função social da propriedade e, como tal, capaz de contribuir para sua continuidade e solidificação, esboçada por José Manoel de Arruda Alvim. Transcrevemos de suas palavras:

⁵² RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. São Paulo: Saraiva, 2007. 5ª ed., vol. 1, p.168.

⁵³ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. São Paulo: Saraiva, 2007. 5ª ed., vol.1, p.168 e 169.

Acreditamos que o alargamento do âmbito do instituto usucapião deu-se em prejuízo do direito de propriedade, tal como precedentemente delineado pelo direito positivo e como era, pois, concebido social e culturalmente. Mas instaurar-se-á uma propriedade com novo perfil e isto é feito, sensivelmente, atendendo-se à realidade social que, para o legislador, virá ganhar significação jurídica, com o redimensionamento destes institutos (propriedade e usucapião).⁵⁴

3.2 Aspectos da evolução histórica da usucapião

O instituto da Usucapião tem sua origem ainda na Lei das XII Tábuas, *Lex Duodecim Tabularum*, há aproximadamente 455 a. c., com o nome inicial de *usus auctoritas* ou *usus et auctoritas*, de um lado o sentido de posse e de outro o de proteção ao proprietário, ambos equivalentes ao de usucapião. Posteriormente, surgiu a *longi temporis praescriptio*, esta já do período clássico do Direito Romano. Institutos de mesma índole, após um período de convivência, então quando do Direito Justiniano, foram fundidos no atual instituto, a usucapio.

A usucapio tem em sua denominação a descrição de seu conteúdo e destinação. Deriva do *capere* – tomar e de *usus* – uso, do que resulta tomar pelo uso, a partir da posse. Assim, aquele que possuísse um imóvel por dois anos ou um móvel por um ano tornar-se-ia seu proprietário. Como instituto de aquisição do *ius civile* destinava-se a cidadãos romanos.

A *longi temporis praescriptio* surgiu como meio de defesa e de execução, admitindo que, qualquer cidadão ou estrangeiro, a partir da posse por certo tempo, pudesse repelir qualquer ameaça à propriedade. Esse tempo era de natureza prescricional e de dez (10) anos contra presentes e de vinte (20) anos contra ausentes, assim reconhecidos os que residentes em diferente cidade.

Posteriormente, já no período pós-clássico a *longi temporis praescriptio* toma uma nova forma, *longissimi temporis praescriptio*, admitindo

⁵⁴ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Breves anotações para uma Teoria Geral dos Direitos Reais**. In CAHALI, Yussef Said. Posse e Propriedade. São Paulo: Saraiva. 1987, p. 33 e 34.

que a posse por quarenta (40) anos, mesmo que de boa-fé, mas sem justa causa, fosse apontada em defesa. É o que juristas modernos viriam a entender como Usucapião Extraordinária.

Essa evolução histórica de dois institutos diversos e iniciais permite entender porque hoje se diz de Usucapião e de prescrição aquisitiva. Claro como o instituto da Usucapião permite a aquisição da propriedade por decurso de tempo enquanto a prescrição propriamente dita ou prescrição extintiva implica perda de direito. À prescrição aquisitiva aplicam-se os princípios que regem a prescrição extintiva tais como as causas interruptivas e suspensivas. O próprio Código Civil atual trata disso de maneira muito clara e esclarecedora, inserido no contexto da evolução histórica, inclusive da Usucapião:

Art. 1244. Estende-se ao possuidor o disposto quanto ao dever acerca das causas que obstem, suspendem ou interrompem a prescrição, as quais também se aplicam ao usucapião.

Silvio de Salvo Venosa apresenta-nos interessante observação quanto ao trato dessas duas formas de prescrição, extintiva e aquisitiva, em legislação estrangeira como a francesa e em comparação com o previsto em nosso Código Civil. Transcrevemos:

Como decorrência dessa origem histórica, há legislações, como a francesa, que preferiram tratar unitariamente de ambas as modalidades, sob denominações de prescrição aquisitiva e prescrição extintiva. Entre nós, o Código optou por tratar da prescrição extintiva na parte geral, disciplinando a usucapião no livro dos direitos reais, como forma de aquisição da propriedade, destinada a móveis e imóveis.⁵⁵

Esta relação entre o instituto da usucapião e a prescrição aquisitiva permite certo apontamento das suas origens históricas como fundadas na Grécia, onde, Platão em A República chegou a mencioná-la.

Da evolução histórica estabelecida resultaram requisitos para a utilização do instituto, até o momento vigentes: *res habilis* – coisa hábil, *titulus* – título, *iusta causa* – justa causa, *bona fides* – boa-fé, *possessio* - posse e *tempus* – tempo. Deles a posse e o tempo são especialmente relevantes,

⁵⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2007, 7ª ed, v. 5.p. 183.

constituindo-se em requisitos de sentido primordial o atendimento de todos eles conjuntamente e essencial, inadmitindo-se o atendimento parcial. Atendidos tais requisitos e a exigência procedimental, culmina-se a pretensão com a sentença judicial de natureza declaratória que, após o trânsito em julgado, alcança o registro imobiliário.

Não se trata de qualquer forma de posse, vagamente considerada. Há que ser posse *ad usucapionem*, ou seja, aquela posse contínua, incontestada pelo tempo mínimo determinado, com ânimo de dono. Essas condições de posse afastam qualquer uma que seja clandestina, violenta, precária ou que tenha sofrido impugnação, de modo a excluir a mera detenção da coisa que em nada se confunde com a posse efetiva. Admitir entre os requisitos essas formas de posse ou simples detenção seria uma minimização de exigências capaz de confrontar com o próprio instituto.

A posse pode se dar sobre bens móveis, semoventes e imóveis, num amplo sentido, capaz de abranger, além do domínio e da plena propriedade, até mesmo outros direitos reais como o domínio útil da enfiteuse, o usufruto, o uso, a habitação, as servidões e outros. Evidente a ênfase de sua repercussão sobre os bens imóveis em razão da importância social e seu valor econômico. Disto resulta poder dizer que a posse pode ocorrer sobre qualquer coisa, desde que sobre ela não pese a restrição de que fora do comércio, com o que se pretende afirmar que inalienável, insusceptível da prescrição em qualquer de suas duas modalidades – extintiva e aquisitiva. Entre estes, encontram-se os bens públicos que, por força de ato normativo anterior – Decreto n. 19.924/31 e por dispositivo Constitucional de 1988, artigo 183, § 3º e artigo 191, parágrafo único, não poderiam ser usucapidos. Aí são incluídas as terras devolutas, no que pese discutível sua condição de em todos os casos serem terras da União⁵⁶. Respeitante à impossibilidade da ocorrência da prescrição aquisitiva sobre imóveis componentes do patrimônio público, muito claro o entendimento esposado pela Sumula 340 do Supremo Tribunal Federal à luz do Código Civil de 1916, depois de vários debates no âmbito da doutrina e da jurisprudência. Transcrevemos:

⁵⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2007, 7ª ed, v. 5. p.185.

Desde a vigência do Código Civil, os bens dominiais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.

De todo o contexto estabelecido pela evolução do instituto desde seu início até os dias de hoje resultou acentuada a sua fundamentação sociológica e axiológica de maneira a favorecer aquele que dá ao bem uma utilidade atual em razão da propriedade que inútil no decurso do tempo. Assim, o uso e o gozo efetivos de determinado bem por longo tempo e sem oposição adquirem amparo e reconhecimento legal como forma de justiça e equidade, princípios constitucionalmente amparados. Absurdo seria entendimento diverso pelo qual se estaria a manter a propriedade nas mãos daqueles que dela não se valem em detrimento daqueles que em esforço a tornam efetivamente úteis e produtivas. O instituto tem papel significativo no atendimento dos interesses sociais sobre a propriedade privada, nos termos do trato constitucional e legal atuais, nos quais a utilidade é fundamento do seu reconhecimento pelo Estado.

3.3 Modalidades da usucapião no direito positivo brasileiro

Como facilmente verificável a partir da evolução histórica do instituto da usucapião e do seu trato legal o significado da posse como requisito. Desta forma, tudo o que passível de ser objeto da posse, não estando fora do comércio – *res habilis*, é sujeito à prescrição aquisitiva. O mesmo não ocorre com as coisas que, fora do comércio, não sujeitas à posse, que não são passíveis da usucapião.

A possibilidade da usucapião estende-se, todavia, além do domínio ou da propriedade plena. Também outros direitos reais integram o rol das coisas hábeis à posse e à usucapião como o domínio útil da enfiteuse, o uso, a habitação, servidões, e outras mais, inclusive os semoventes e as coisas móveis.

Anteriormente ao Código Civil de 1916 todos os bens estavam sujeitos à aquisição pela usucapião, restando dúvidas quanto a sua possibilidade sobre bens públicos dominiais, em que pese afastada no que dizia respeito aos bens públicos de uso comum ou de uso especial. Assim, no grupo de coisas fora do comércio encontravam-se ao menos estes bens

públicos, não passíveis de usucapião. Todavia, persistia a dúvida quanto aqueles bens públicos dominicais. Com o artigo 67 do Código Civil de 1916, após o artigo 66 relacionar os bens públicos dispostos em três categorias, bens de uso comum do povo, os de uso especial e os dominicais, foi prescrito:

Os bens de que trata o artigo antecedente só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e forma que a lei prescrever.

Ficou clara a inalienabilidade e, portanto, a impossibilidade de aquisição pela usucapião de todo e qualquer bem público, afastada a idéia de que os bens públicos dominicais poderiam ser assim adquiridos. Todavia, a partir de parecer da lavra de Spencer Vampré⁵⁷ iniciou-se novo debate sobre o entendimento de que sendo a usucapião uma forma de aquisição prevista em lei estaria amparada ao final do artigo 67. A condição precedente e a aplicação não retroativa da previsão deixou o remanescente das aquisições anteriores, definitivamente afastado com a edição do Decreto n. 19.924/31 e Decreto n 22.785/33, reforçado pelo artigo 200 do Decreto-lei n 9.760/46, este no que diz respeito a imóveis da União. A seguir, com a edição pelo Supremo Tribunal Federal da Súmula 340, após longos debates, a matéria veio a ter solução. É do enunciado daquela Súmula:

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

Com advento da Constituição Federal de 1988 houve expressa declaração a respeito, artigo 183, § 3º e artigo 191, parágrafo único, dando ao tema uma consagração superior e afastando-os dos bens particulares no concernente à prescrição aquisitiva. Mas aqui pairam incertezas sobre as terras devolutas que constitucionalmente estão incluídas no patrimônio da União, Silvio de Salvo Venosa em rápidas palavras deixa posta a questão apontando à circunstância de que nem toda terra não pertencente a particulares, pessoas naturais ou jurídicas, podem ser tidas como terras públicas. Assim, “o mais acertado é considerar devoluta a terra desocupada e sem dono, sem origem histórica” e continua afirmando que também “não havemos de entender que

⁵⁷ RT 34/385.

terra abandonada se devolve automaticamente à União”⁵⁸. As duas observações do civilista apontam a aspectos da constituição do patrimônio da União à vista da previsão constitucional e têm reflexos sobre a aplicabilidade do instituto da usucapião, alargando ou restringindo, segundo entendimento que vier a ser adotado, o rol de bens disponíveis no comércio e, conseqüentemente a *res habilis* à usucapião.

A posse estabelecida sobre a coisa deve ser verificada em sua natureza, já que não é qualquer uma que enseja a usucapião. Seu exame vem com especial importância, conquanto capaz de, à vista do acervo normativo existente, constitucional e infraconstitucional, determinar a espécie da usucapião cabível, com exigências diversas a serem atendidas. É a verificação de existência do que denominado posse *ad usucapionem*. É a posse contínua e incontestada, por diversos tempos determinados, com ânimo de dono. Essas características demandam ainda que não seja clandestina, violenta ou precária.

Dentre as posses não ensejadoras da usucapião podemos dizer daquela que própria ao locatário e ao comodatário, que destituídas do ânimo de dono e caracterizadas por ânimos próprios.

Possível a verificação de sucessão na posse, podendo ocorrer inter vivos ou causa mortis, de modo que o sucessor venha acrescer à sua posse aquela que exercida pelo seu antecessor. No entanto, esta transmissão se dará com todas as suas características, inclusive aquelas que negativas à usucapião, por vício ou insuficiência. A união de posses exige homogeneidade entre elas, para que possam em sua soma formar o período necessário para usucapir.

As causas impeditivas, suspensivas e interruptivas da usucapião são aquelas que obstam, suspendem ou interrompem a prescrição. Elas são aplicadas tanto ao possuidor quanto ao o são ao devedor. A respeito, dispõe o Código Civil:

Art. 1243. 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.

⁵⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2007, 7ª ed, v. 5. p. 185.

Art. 1.244. Estende-se ao possuidor o disposto quanto ao devedor acerca das causas que obstam, suspendem ou interrompem a prescrição, as quais também se aplicam à usucapião.

O preceito remete às previsões dos artigos 197 a 204 do mesmo diploma. Neste sentido, as causas impeditivas são impedimentos de início do curso da usucapião – art. 197, I a III, 198, I e 199, I e II, as suspensivas são as que paralisam temporariamente o seu curso e que, desaparecendo, permitem a continuação da corrida de prazos com o cômputo daquele que transcorrido anteriormente – art. 198, II e III e 199, III, e, as interruptivas são aquelas que ao se configurar impedem o decurso de prazo com perda daquele que já decorrido, de modo a iniciar-se novamente – art. 202, I a VI.

Essas observações acerca da natureza da posse nos inserem na verificação das diversas modalidades da usucapião no direito positivo brasileiro permitindo-nos distingui-las. Dentre elas possível a verificação de aspectos relativos ao instituto e o trato constitucional da propriedade, especialmente no que diz respeito ao atendimento de múltiplos interesses, nitidamente sociais, de não proprietários.

As modalidades da usucapião mereceram de Silvio de Salvo Venosa⁵⁹ uma análise à vista das previsões do atual Código Civil, após um aprofundado estudo sob a ótica do Código de 1916, procurando asseverar a maior dinâmica de sua nova perspectiva. O atual Código dá ênfase ao sentido social da propriedade e reforça o papel da usucapião na atribuição da moradia e na melhor utilização da terra. Seguem os rumos estabelecidos pela Constituição de 1988 quando realça o instituto e lhe confere aspectos de simplificação fazendo-o instrumento de seus objetivos sociais. Essa dinâmica ocorre de maneira muito clara na redução dos prazos de posse para configuração da prescrição aquisitiva e ao privilegiar a ocupação com fins de moradia e produção rural e na minimização da oportunidade de verificação subjetiva da boa-fé. Assim, os novos aspectos dados ao instituto levam a uma análise mais acentuada da intenção de se fazer presente, de moradia pessoal ou familiar e de realizar obras de caráter produtivo.

⁵⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2007, 7ª ed, v. 5. p. 192 e ss.

A constitucionalização da usucapião iniciada com a Constituição de 1934, baseada na idéia da função social da propriedade persistiu com o advento da Constituição de 1946 quando então admitida a redução de prazo para a usucapião de terras com até vinte e cinco hectares, matéria esta que veio a ser tratada pelo Estatuto da Terra – Lei n. 6.969/81. No texto constitucional de 1988 a questão da usucapião urbano e rural recebeu novo e mais extensivo tratamento, dando origem ao que denominada usucapião especial *pro misero*. Em seu artigo 183, de nítido conteúdo social da propriedade, regulado pelo Estatuto da Cidade – Lei n. 10.257/2001 e seguido pelo Código Civil, está:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, 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 por mais de uma vez.

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

3.3.1 Usucapião Ordinária

Usucapião ordinária sobre coisa imóvel é a que se caracteriza de maneira comum pelo atendimento de todas as exigências gerais, ou seja, posse mansa, pacífica e ininterrupta, exercida com *aninus domini*, pelo prazo de apenas dez (10) anos independentemente de que entre presentes ou ausentes, por meio do justo título, com suas formalidades próprias – *causa habilis ad dominium transferendum*, e da boa-fé. Essa exigência temporal tivera no regime do revogado Código Civil de 1916 como de dez anos entre presentes e de vinte anos entre ausentes. A seguir, fora diminuído pela previsão da Lei n. 2.437/55 para quinze anos entre ausentes. Note-se nela a inclusão de todas as exigências, inclusive o justo título e a boa-fé. Seu prazo, comparado com aquele exigido à usucapião extraordinária é reduzido, razão pela qual também denominada usucapião abreviada. Essa abreviação de prazo

existe em razão das exigências gerais amplas no que diz respeito especificamente ao justo título e à boa-fé.

A posse com *animus domini* corresponde ao possuir como seu, de ter ânimo de ter a coisa como sua. Procedimento diverso implica posse precária ou secundária, exclui o aspecto de dono da coisa. Ademais, deve ela ser contínua, sem interrupção, e incontestada, ou seja, sem oposição, mansa e pacífica.

Nela o prazo pode ser ainda mais reduzido, passando a cinco anos, se o bem usucapiendo houver sido adquirido onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelado posteriormente, desde que o possuidor tenha nele a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico. A respeito, transcrevemos do Código Civil:

Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestemente, 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, cancelado posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimento de interesse social e econômico.

A exigência de justo título e da boa-fé, esta até que se prove em contrário, na usucapião ordinária do parágrafo único, tem, ainda, mais especial significado, conquanto capaz de privilegiar com a redução do prazo da posse de dez (10) para cinco (5) anos, naqueles casos em que o seu detentor, prescribente ou usucapiente os tenha, ocasionalmente não passível de registro que, por força do artigo 1.245 do mesmo Código, é o determinante da transferência da propriedade. Trata-se da usucapião de forte conteúdo documental ou tabular; documental por se destinar a verdadeira e clara substituição documental e, tabular, por destiná-lo ao registro imobiliário. Assim, a hipótese do parágrafo é de usucapião ordinária porque mantida a exigência do justo título e a boa-fé, em que pese a redução de prazo exatamente em razão de sua destinação registral. Note-se haver *in casu* uma exigência suplementar de que no imóvel tenha sido estabelecida moradia do usucapiente ou que nele tenha sido realizado investimento de caráter social e econômico. A exigência assevera a intenção do legislador de, na esteira do

constitucionalmente previsto, do chamado princípio da sociabilidade, acrescer à idéia da prescrição aquisitiva elementos de natureza social e produtiva como a moradia e o investimento, ultrapassando a restrita questão da segurança jurídica e da paz social com a qual se procurou fundar a prescrição aquisitiva. A moradia e a atividade econômica são aspectos que tratados também em outras espécies da usucapião, tanto urbana quanto rural.

Venosa⁶⁰ vê nessa previsão um curto passo do legislador, de efeitos tímidos e insuficientes em razão do grande número de pessoas detentoras de documentos em situações diversas e que por circunstâncias outras não alcançam registro, como no caso dos compromissos de compra e venda. São documentos suficientes para demonstração da motivação do uso da usucapião de maneira muito mais fundada que no caso da usucapião ordinária e, mais ainda, da extraordinária. Em seu apontamento parece haver alguma indistinção entre o uso registral regularizador da previsão do caput do artigo e de seu parágrafo único.

A existência de justo título e sua utilização vem reconhecer na usucapião, de forma especial no caso da previsão do parágrafo único, uma forma indireta de regularização da titularidade existente, em especial naqueles casos em que contenham algum vício ou irregularidade, como a ausência de algum dos requisitos legais para fins registrares e obtenção de suas conseqüências ou efeitos jurídicos. Isso não se confunde com a hipótese da usucapião ordinária de natureza documental ou tabular do parágrafo único. Neste caso específico bem esclarece Benedito Silvério Ribeiro:

A hipótese está ligada ao justo título e visa sanar problema decorrente da anulação de registro que tenha durado cinco anos, relativamente a imóvel utilizado para moradia ou destinado a finalidades econômicas e sociais.⁶¹

Mas o justo título deve efetivamente existir e ser idôneo, como uma escritura pública, uma cessão de direito, uma regular promessa de compra e venda definitiva e quitada, e assim ser apresentado, admitindo sua impugnação e discussão, já que não amparado por presunção de legitimidade.

⁶⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2007, 7ª ed, v. 5., p. 194.

⁶¹ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. São Paulo: Saraiva, 2007. 5ª ed., p. 235.

3.3.2 Usucapião Extraordinária

A usucapião extraordinária também chamada de longo tempo ou quinquenária teve tratamento inicial na previsão do artigo 550 do Código Civil de 1916. Posteriormente foi alvo de alteração relativa ao prazo quando da alteração restritiva dos prazos prescricionais *longi temporis* pela Lei n. 2.437/55. Atualmente é prevista no artigo 1.238 do Código Civil de 2002. Nesta, um aspecto determinante de sua caracterização é o alongamento do prazo de posse e a dispensa do justo título e da boa-fé, substituídos pela presunção *júris et de jure* de existência, dispensa esta que se dá a partir de alguma justa causa de posse e que a faz chamada de extraordinária. Transcrevemos do texto legal para mais fácil localização:

Art. 1.238. 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.

Parágrafo único. 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.

Necessária uma referência à hipótese de usucapião de servidão aparente tratada pelo artigo 1.379 do Código Civil e para a qual exigido prazo diferenciado de vinte anos.

Como se depreende do texto legal, para a usucapião extraordinária é exigido a posse ininterrupta, pacífica e sem oposição, exercida com *animus domini*, pelo prazo de quinze (15) anos, passível de redução para dez (10) anos, se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual ou nele houver realizado obras ou serviços produtivos. Esses prazos não são propriamente dilatados em razão do previsto para a usucapião ordinária, nela é que são reduzidos em razão da amplitude de exigências. Essa duplicidade de prazos na usucapião extraordinária, um geral de quinze (15) anos e outro reduzido, privilegiado, de dez (10) anos, permite concluir por duas modalidades

diversas determinadas por prazos diferentes⁶². Encontramos aqui relevante aspecto de consagração constitucional relativo ao uso produtivo e social da propriedade privada independentemente de área, da condição de imóvel urbano ou rural.

Some-se a presunção *juris et de jure* de boa-fé e justo título, aspecto importante a considerar já que não só dispensa a exibição documental quanto impede que se venha a demonstrar em contrário a sua existência. Ela é presumida e nisso se exaure pelo que a prova se resume na posse e seu lapso temporal. O pedido judicial e seu regular processamento devem terminar com a prolação de sentença declaratória da aquisição do domínio, título destinado ao serviço registral.

3.3.3 Usucapião Especial Rural

A usucapião especial rural é também conhecida como usucapião “*pro labore*”, em razão da relação com o trabalho pessoal ou familiar com que caracterizadas as suas exigências, tem suas origens na Constituição de 1934 em seu artigo 125.

Com o advento da Constituição de 1934 veio também o conceito de função social que passa daí para frente a compor o conceito constitucional de propriedade privada. Na mesma linha ocorreu a previsão do artigo 148 da Carta de 1937 e do artigo 156, § 3º da Constituição de 1946. Desta previsão, resultou o artigo 98 da Lei n. 5.504/64 – Estatuto da Terra. Quando da edição da Carta de 1969, veio a questão sumariamente tratada no artigo 171. A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n 1 de 17.10.1969 não disciplinaram a matéria que permaneceu apenas tratada no âmbito legal – Estatuto da Terra. Seguiu-se a reformulação do instituto com a Lei n. 6.969/81 que trouxe importantes modificações como a redução de prazo de dez para cinco anos e sua incidência sobre terras devolutas, o que prevaleceu até a atual Constituição que, mantendo seus contornos vigentes reduziu-a a áreas

⁶² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2007, 7ª ed, v. 5, p.192.

particulares. A espécie é retomada pela atual Constituição Federal a questão social relativa à posse, desde 1934 chamada especificamente de ocupação, produtiva pelo trabalho próprio ou familiar, no que acentuado seu caráter direto, sem intermediações, de natureza agrícola, pecuária ou agroindustrial, no caso área de terra de no máximo cinquenta hectares em zona rural, com moradia habitual. A essas exigências tão peculiares quanto de relevante significado para com a distribuição da terra, sua ocupação efetiva, fixação do homem no campo e sua produtividade, outros aspectos são exigidos em acréscimo, como não ser o usucapiente proprietário de outro imóvel rural ou urbano, exigência que vem fortalecer o sentido social do instituto no concernente à distribuição da terra antes abandonada e não utilizada, tornada socialmente útil com a ocupação. Ainda, que a posse seja exercida com *animus domini*, ininterrupta e sem oposição pelo prazo de cinco anos, portanto reduzido.

A preocupação do legislador deu-se em torno da solução dos graves problemas sociais decorrentes da injusta ocupação histórica da terra. Diz Sílvio Rodrigues⁶³:

Inspirou-se, fora de dúvida, o legislador, não só no propósito de incentivar a ocupação e a exploração de terras abandonadas, premiando o ocupante que as valorizava com seu trabalho, como também na idéia de dar assistência ao homem do campo, proporcionando-lhe o domínio da terra que valorizou com seu esforço e com o seu suor.

Cabível aqui uma observação de natureza sociológica bem na esteira da preocupação dos sucessivos constituintes. O processo de urbanização acelerado vivido pelo Brasil nas décadas de vigência do instituto da usucapião rural *pro labore* terminou por esvaziar o campo transferindo a população massivamente para as grandes cidades e deixando o instituto sem significativa aplicação e sem qualquer repercussão social. Com advento da Constituição Federal de 1988 o instituto teve sua extensão à usucapião urbano em seu artigo 183.

A matéria veio a ser tratada pelo Código Civil de 2002, hoje vigente, em seu artigo 1.239.

⁶³ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. Saraiva: São Paulo, 2006 vol. 5, 28ª ed., p. 115.

A previsão da usucapião especial rural vem prevista no Código Civil, do qual transcrevemos:

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

3.3.4 Usucapião Especial Urbana

Usucapião especial urbana ou simplesmente usucapião urbana direcionada ao favorecimento de melhor repartição e utilização do solo urbano, em decorrência da grande concentração da propriedade em poucas mãos e do fenômeno do crescimento populacional e do processo de migração do campo para as cidades, principalmente daquelas de grande porte. Temos que o instituto tenha suas origens históricas na usucapião especial rural pro labore, de previsão inicial na Constituição de 1934. Por essa forma específica do instituto da usucapião, admite-se a aquisição da propriedade em razão da posse de área urbana de até 250 m², desde que o usucapiende não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural, pelo prazo de cinco anos, sem oposição, nela estabelecendo a sua moradia ou de sua família. A área ocupada poderá ser de terreno, de área edificada, neste caso até mesmo como unidade autônoma em condomínio edilício, desde que destinada e efetivamente utilizada como moradia, prevalecendo a que for maior. Há entendimento no sentido de que os textos constitucional e legal referem-se exclusivamente a terreno, não dizendo respeito a área nele construída⁶⁴, ponto de vista que implica grande repercussão sobre o caso de área em condomínio edilício e que nos permite dizer da possibilidade de abertura desta forma do instituto para além dos limites sociais relativos à destinação constitucional da propriedade e atingimento de seus aspectos puramente econômicos. Todavia, à vista do contido na Lei n. 6.766/79 entendeu o Supremo Tribunal Federal pela necessidade de atendimento ao módulo urbano mínimo de 125m²⁶⁵. Sua

⁶⁴ RT 675/89

⁶⁵ REsp. 402.792 - SP

previsão é originariamente do já transcrito artigo 183 e do artigo 191 da Constituição Federal de 1988 e foi absorvida pelo atual Código Civil.

Transcrevemos do Código Civil:

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

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

A modalidade especial da usucapião foge àquelas tradicionais, ordinária e extraordinária, exigindo prazo menor, com limitação de tamanho de área e enfatizando o atendimento do princípio da sociabilidade dentro do entendimento constitucional e legal, mediante a utilização para moradia própria ou familiar, a não propriedade de outro imóvel urbano ou rural e a concessão por uma única vez. A exigência de moradia corresponde à de sua respectiva edificação e subsequente utilização, por mais precária que seja. Ambos os vocábulos deverão estar conjugados: edificação e utilização. Na utilização fica embutido o abrigo habitual. Já o uso individual ou familiar avoca aspectos complexos do atual conceito sócio afetivo de família no Código Civil, que não podem ser desconsiderados. Nítido o uso do instituto como garantidor da realização da finalidade social da propriedade privada.

Essa utilização da usucapião e as previsões constitucionais e legais remetem ao usucapiente brasileiro, nato ou naturalizado, ou estrangeiro, desde que residente, mas afasta desta condição a pessoa jurídica, que tendo sede, não tem residência, nem moradia, nem família.

Na mesma esteira, a destinação da usucapião especial urbana a esse uso se faz presente quando da previsão de que se confira o título de domínio e a concessão de uso ao homem e à mulher, separada ou conjuntamente, sem que se tenha em conta o estado civil, a partir de situação de fato a partir da posse. Assim, em nada o estado civil deve ser levado em conta quanto ao fato da posse e em nada deve afetar a condução da ação. Se homem e mulher têm a posse em separado ou conjuntamente, assim devem

reivindicar e obter a usucapião especial urbana. Procurou o constituinte e, na sua esteira o legislador, dar a essa modalidade da usucapião um conteúdo que não fosse limitador de circunstâncias fáticas que envolvessem o estado civil dos usucapientes ou prescribentes, associando-as ao aspecto mais individual da posse, e sobrepondo o interesse social circunstâncias jurídicas.

Observa-se pela verificação do texto legal a existência de presunção *júris et de jure* de boa-fé, inexigindo-se a prova de justo título.

3.3.5 Usucapião Indígena

Em seu Tratado de Usucapião, Benedito Silvério Ribeiro⁶⁶ nos apresenta, ainda, a figura da Usucapião indígena, com fundamento no Estatuto do Índio – Lei n. 6.001/73 em seus artigos 3º, I, 32 e 33. Cabe ele ao indígena integrado ou não à civilização nacional, por si ou assistido pela Funai, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, área inferior a cinquenta hectares. A ocupação referida é sob a forma de posse com *animus domini*, ou seja, com o ânimo de ter a coisa como sua, na condição de proprietário. Deve se restringir a área rural. O prazo de dez anos deve ser continuado e a posse mansa e pacífica, sem oposição.

Para a usucapião indígena permanece a restrição de usucapião sobre terras públicas, por si intangíveis, como nas demais formas do instituto. Todavia, no próprio Estatuto do Índio, em seu artigo 38 combinado com o artigo 17, inciso I, existe expressa restrição quanto à possibilidade de sua ocorrência sobre terras do domínio da União, ocupadas por grupos tribais, às áreas reservadas de que trata a própria lei, nem as terras de propriedade coletiva de

⁶⁶ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. São Paulo: Saraiva, 2007. 5ª ed 2º vol. p. 240.

grupo tribal. Resta, pois, apenas terras de domínio privado, que podem ser doadas, vendidas ou usucapidas.

3.3.6 Usucapião e o Estatuto da Cidade

Com o Estatuto da Cidade – Lei n. 10.257/2001, ficou instituída a usucapião especial urbana, individual e coletiva, bem como a concessão de uso especial para fins de moradia, dando ao instituto uma nova e útil configuração. Oportuna a remessa à nova roupagem dada à usucapião a seguir abordada, com apontamento às suas características e exigências, bem como ao seu contorno de natureza social e de redefinição da ocupação do solo urbano.

Muito marcante na previsão da usucapião no Estatuto da Cidade a adoção de uma política fundiária urbana, tal como previsto no texto constitucional, o que se pode evidentemente observar igualmente no que diz respeito à usucapião especial rural, estabelecida em torno da garantia à propriedade privada. Verdade que no caso do imóvel rural aplica-se a clareza da prescrição dos artigos 184, 186, 187 e 189 da Carta de 1988.

3.4 Novos contornos da usucapião à vista do Estatuto da Cidade

O forte conteúdo democrático e social das disposições da Constituição Federal de 1988 não foi suficiente para grandes mudanças estruturais ou, ao menos uma significativa distribuição de riquezas e rendas. Grande a iniciativa havida em seus artigos 182 e 183 a respeito da ocupação do solo urbano em razão das disposições anteriormente vigentes e das experiências políticas que a antecederam em imediatidade. Não se fez uma revolução propriamente, mas apontou-se a algumas iniciativas cuja concretização não deu resultados marcantes, como se num discreto continuísmo amparado pelo artigo 5º, inciso XXII, que assegura a propriedade, mesmo condicionado pela exigência de atendimento à sua função social como do mesmo artigo em seu inciso XXIII, combinado com o artigo 170, ambos da Mesma Carta, podendo acrescer o contido no inciso IX do artigo 23 e no artigo 24. Regis Fernandes de Oliveira observa com precisão acerca das previsões

anteriores e atuais ante a expectativa de uma reforma urbanística. Transcrevemos⁶⁷:

Assim, a ambigüidade da locução interesse social e o conservadorismo do legislador ordinário tornavam o ponto nodal da justiça social, no que toca ao assentamento urbano, absolutamente desprovido de utilidade prática, como um fim remoto a ser perseguido. Sinalizava, somente, a direita via. Era um enunciado que apaziguava a consciência política e a opinião pública apenas pelo fato da sua expressa inclusão no texto constitucional. Na Constituição atual, também, mesmo em face do melhor detalhamento, não se acredita possível a efetiva implantação da reforma urbanística.

É da previsão constitucional:

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

§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

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

§ 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

⁶⁷ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2ª ed., 2005, p. 8.

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.

Os dois artigos constitucionais foram regulamentados pela Lei n. 10.257/2001, denominada Estatuto da Cidade. Tanto no texto regulamentar quanto no texto regulamentado, a questão social passa pelo atendimento às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Verdade que esse plano diretor não é exigido a todas as cidades, mas àquelas que atendam a requisito numérico populacional, como ainda mais verdadeiro que a função social da propriedade urbana pode estar delineada em plano diretor, mas também nele não se exaure necessariamente. Tornou-se ele essencial sob o manto da lei, mas também o é na ótica da boa administração. Vê-se nessa circunstância em que posto o plano diretor uma vestição jurídica daquela função social, com nítido caráter limitante.

Ao regulamentar as previsões dos artigos 182 e 183 da Constituição Federal, A lei n. 10.257/2001 estabeleceu normas de ordem pública, cogentes, normas de interesse social sobre a propriedade urbana e voltadas ao bem coletivo, permitindo o bom uso do espaço urbano, tornando as cidades sustentáveis, evitando a degradação de seus bens e equipamentos e democraticamente geridas.

Nessa lei, um artigo merece destaque em razão dos esclarecimentos que sua exegese propicia ao entendimento da função social da propriedade e de sua execução à luz do ordenamento constitucional, perfeitamente aplicável ao instituto da usucapião especial urbana. Colacionamos:

Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta lei.

O texto não tem uma aplicação direta sobre as demais formas do instituto da usucapião, que não têm relação com o plano diretor legalmente apontado, mas oferece subsídios valiosos à conceituação da função social da propriedade imóvel quando se refere a ordenação que se pode dizer da cidade, mas também do campo, ao atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas consideradas estas em sentido geral.

Os instrumentos oferecidos pelo Estatuto da Cidade são diversos, sempre derivados do planejamento e das previsões contidas no plano diretor, amplamente capazes de permitir a efetivação do trato constitucional à política de desenvolvimento urbano a ser executada pela municipalidade.

Muitos são os institutos financeiros e tributários utilizáveis como instrumentos primordiais, seguidos por institutos jurídicos diversos e de grande abrangência: a desapropriação – aquisição compulsória da propriedade pelo Poder Público, mediante depósito de justa e prévia indenização em dinheiro ou títulos; a servidão – ônus real de uso para realização e conservação de obras e serviços públicos ou de utilidade pública; limitações administrativas ou restrições de uso; tombamento para preservação do bem ante modificações, sem impedimento de uso; instituição de unidades imobiliárias de conservação; instituição de zonas especiais de interesse social, quando relevante interesse público na preservação da área; concessão de direito real de uso – cessão de determinado imóvel a particular para que nele desenvolva atividade de interesse público; concessão especial de uso para fins de moradia que representem a regularização de áreas públicas ocupadas; parcelamento, edificação ou utilização compulsórios; usucapião especial de imóvel urbano; direito de superfície - aproveitamento do solo distinto do subsolo e do espaço aéreo; direito de preempção – preferência do Poder Público na aquisição de imóvel particular posto à venda; outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso – facilitação de construção ou uso; transferência do direito de

construir permitindo racional aproveitamento de imóveis; operações urbanas consorciadas – elevação do percentual de uso em benefício do proprietário que se compromete à construção de imóveis para usuários de baixa renda; regularização fundiária; assistência técnica e jurídica gratuita para comunidades e grupos sociais menos favorecidos; referendo popular e plebiscito. Esse extenso leque de oportunidades juridicamente amparadas permite à administração municipal um conjunto de ações constantes em prol do atendimento ao princípio constitucional do uso social da propriedade privada urbana e da satisfação de interesses sociais concretos.

No vasto contexto de oportunidades, a moradia é considerada um direito social a ser, como tal, favorecido e amparado em razão de suas relações com a cidadania e a dignidade da pessoa, a par de aspectos relevantes como o conforto, a segurança, a saúde.

No respeitante à moradia, a usucapião especial urbana, ao lado de outros institutos como a concessão de direito real de uso, tem especial papel na sociabilidade do instituto da propriedade privada e a possibilidade de sua contribuição para com o interesse coletivo na regularização de áreas de favelas, cortiços e mais assentamentos irregulares, zonas degradadas ou outros agrupamentos de moradia sem condições jurídicas de legalização dominial.

A seguir, as previsões do Estatuto da Cidade viram ainda mais fortalecidas pela Lei das Parcerias Público-Privadas – Lei n. 11.079/2004. Apesar de não se destinar exatamente a complementar as previsões do Estatuto, tem o condão de favorecer as ações municipais em parceria com a iniciativa privada, situação pela qual passam muitas das suas previsões.

O milenar instituto da usucapião adquiriu com a edição do Estatuto da Cidade uma configuração nova e de ampla e útil aplicação. O tema tem sua abordagem em obra de Regis Fernandes de Oliveira iniciada com palavras que a isso apontam com oportunidade e ressaltam sua relação com o implemento de aspectos relativos ao interesse social no uso da propriedade, especialmente urbana, constitucionalmente garantido e a ocupação do solo. Transcrevemos⁶⁸:

⁶⁸ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2ª ed., 2005, p. 43.

A necessidade do advento do preceito legal decorre das ocupações irregulares nos grandes conglomerados urbanos. A invasão de áreas, a falta de fiscalização, a invasão de mananciais, o medo da perda da posse por famílias de baixa renda, a falta de um “papel” que lhes dê legitimidade sobre a posse, a venda de “propriedades”, barracos e construções malfeitas, tudo a gerar um conflito social sem precedentes. A clandestinidade das ligações de água, as gambiarras que trazem a iluminação para a rua e para dentro dos barracos, tudo leva a um tumulto absurdo, sob o olhar complacente das autoridades públicas. O que mais querem os moradores é a regularização da ocupação. Para tanto, agora, a lei veio a trazer instrumentos de impacto urbano que podem envolver a legitimação da posse, pacificando a sociedade e dando às grandes cidades condições de desenvolvimento saudável.

É do Estatuto da Cidade ao normatizar a usucapião especial urbana e atender de maneira clara ao disposto no artigo 182 da Constituição Federal de 1988:

Art. 9º. Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), por 5 (cinco) anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio 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.

Art. 10. As áreas urbanas com mais de 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por 5 (cinco) anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidos coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

§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.

Benedito Silvério Ribeiro nos informa que “as modalidades de usucapião contidas no Estatuto da Cidade” e diz da usucapião especial urbana singular ou individual e da usucapião especial urbana coletiva, “encontram, assim, base na garantia que visa a urbanização das cidades, tendo por objetivo

a dignidade da pessoa humana que, sozinha ou com sua família, necessita de um teto para se abrigar.”⁶⁹

A vista do artigo 9º a posse fica condicionada à área máxima prevista de 250m² de terreno ou de construção pelo período mínimo de cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, período durante o qual o possuidor, usucapiente ou prescribente deverá utilizá-la para moradia própria ou de sua família, sem que possua outro imóvel urbano ou rural. São exigências que se voltam ao aspecto social de que se reveste a constitucionalidade do instituto.

A área de posse ou ocupação direta de terreno ou construção, ao não poder exceder 250m² deixa margem a múltiplas observações e questionamentos. Não pode efetivamente ser superior em terreno, mas também não o pode quanto à área edificada. Ambos devem obedecer à limitação. Aparentemente estranho que se admita área de terreno menor que área de edificação ou construção, mas isso é perfeitamente possível quando a posse se dê sobre edificações de mais de um pavimento ou simplesmente sobre fração ideal em condomínio edilício. Mas outra questão se põe e não se a encontra explorada pelos doutrinadores, no que diz respeito à posse sobre área de terreno inferior a 250m², mas com construção, que tem um caráter acessório, feita pelo possuidor e de área maior a 250m². A questão aponta à posse limitada ao terreno com área prevista em lei, mas com edificação de área maior, que não é posse, que é de propriedade do usucapiente, que não será objeto da usucapião e que, portanto, não pode ser considerada naquela ação. Resta, ainda, observar que área de terreno excedente poderá ser abandonada para fins da ação, mas que o mesmo não poderá ocorrer com área de construção na medida em que se constitua numa única unidade imobiliária.

Outro aspecto do regramento legal é relativo à moradia, instituto que é *pro habitatio* ou *pro morare*, esta pessoal ou familiar, o que exclui a hipótese de moradia multi familiar ou de destinação comercial, conquanto fugir ao conceito pessoal e familiar ou à restrição da concepção de moradia, não excluída a sua utilização subsidiária em exercício da atividade profissional e econômica do usucapiente ou de sua família. Aqui, o conceito de família deve

⁶⁹ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. São Paulo: Saraiva, 2007. 5ª ed.vol. 2, p. 962.

atender ao contido no artigo 226, § 3º da Constituição de 1988, preceito este regulamentado pela Lei n. 9.278/96, já revogada, no qual reconhecida a união estável como entidade familiar. A respeito, é de se ressaltar que efetivamente inadmitido o uso da posse na hipótese para outra finalidade que não a residencial, sem que nisso esteja incluída qualquer restrição à “hipótese de utilização de parte do imóvel para comércio acanhado”⁷⁰. Oportuno dizer que se trata de utilização simultânea para moradia e para pequeno comércio⁷¹, que permite dizer que também para qualquer outro pequeno negócio ou atividade profissional, desde que compatível com a moradia, excluído esse tipo de utilização quando exclusiva. Esse aspecto de destinação à moradia pessoal ou familiar acentua o caráter direto da posse, sem intermediários, tal como na usucapião especial rural. Essa forma de ocupação ou de destinação deve estar efetivamente comprovada como requisito indispensável⁷² e inafastável.

Todavia, há que se notar o aspecto positivo, de favorecimento dos interesses sociais concernentes à moradia urbana e de regularização de sua situação jurídica, o que não impede a utilização de alguma das formas da usucapião civil em substituição à usucapião especial urbana quando não atendida alguma de suas exigências específicas.

O Estatuto da Cidade abre oportunidade de maneira expressa à usucapião individual – artigo 9º e à coletiva – artigo 10, postas lado a lado. É do Estatuto:

Art. 10. As áreas urbanas com mais de 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por mais de 5 (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.

O instituto da usucapião especial urbana na modalidade coletiva trouxe consigo a possibilidade de regularização de conglomerados residenciais irregulares, criados de forma precária e de nítido caráter comunitário ou coletivo, sem perspectivas de legalização dominial comum. Fez-se como uma

⁷⁰ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. São Paulo: Saraiva, 2007. 5ª ed., vol. 2, p. 970.

⁷¹ RT 744/367.

⁷² JTJ 146/202

grande solução diante da realidade de favelas já estabelecidas em áreas urbanas. Ao assim estabelecer o Estatuto da Cidade veio não apenas regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, como também implementar toda a preocupação do constituinte para com os aspectos sociais da moradia e da qualidade de vida e suas relações com o direito à dignidade. Exatamente no regular mais que esses preceitos constitucionais, vêm regular o interesse do legislador na solução das questões sociais relativas à moradia urbana, afastando qualquer idéia de inconstitucionalidade como as que expostas por Benedito Silvério Ribeiro⁷³.

Exatamente no sentido de dar pleno atendimento à política de moradia e regularização urbana adotada expressamente pelo constituinte, o legislador veio permitir que, paralelamente à permissão da usucapião individual de área de até 250m², fosse, também, possível a usucapião coletiva de áreas totais superiores a 250m², mas que individualmente não o sejam. O detalhe dessa modalidade reside no fato da impossibilidade de identificação das áreas individualmente ocupadas, um conceito aparentemente estranho. Como ser impossível a identificação de uma área ocupada sobre a qual haja uma posse como fundamento ou requisito para a usucapião é realmente algo difícil de compreender, não que se trate de uma opção vazia do constituinte, mas, sim do legislador. Impossível parece ser, de fato, uma determinada posse não identificável. Na realidade o que se encontra é o reconhecimento legal de situações fáticas nas quais se interpõem e sobrepõem construções havidas em mesmo terreno, num nítido e peculiar condomínio em que as ocupações se dão sobre frações ideais.

A possibilidade de áreas superiores ao limite de 250m² se faz exatamente em razão do aspecto de coletividade dado à posse, no qual a multiplicidade de ocupantes da área não permite a sua limitação. Limitá-la seria o mesmo que excluir o conceito de coletividade, ou de, ao menos, limitá-lo em seu conteúdo de soma, diga-se irregular e quase sempre não definida. Assim visto, observa-se a argúcia do legislador em reconhecer essa situação, a coragem em pretender dar-lhe um contorno jurídico e o perfeito atendimento dos conceitos constitucionais de cidadania e de dignidade da pessoa humana

⁷³ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. São Paulo: Saraiva, 2007. 5ª ed., v. 2, p. 986.

como fundamentos do Estado democrático de Direito – artigo 1º, I, II e III, do objetivo básico da construção de uma sociedade livre, justa e solidária – artigo 3º, I, na qual seja erradicada a pobreza e a marginalização, com substancial redução das desigualdades – artigo 3º, III, e a promoção do bem de todos – artigo 3º, IV, ao lado do reconhecimento e da garantia da propriedade privada. De outro lado, como bem assevera Benedito Silvério Ribeiro, disso resulta uma situação nova de condomínio e como “é cediço que o condomínio é o grande foco de discórdias, no que toca à propriedade”⁷⁴.

3.5 Regramentos Processuais

3.5.1 A Ação de Usucapião

Ab initio, necessário iniciar a verificação do trato processual da ação de usucapião com o esclarecimento ordenador. A Ação de Usucapião de Terras Particulares do Código de Processo Civil aplica-se à modalidade da usucapião ordinária e extraordinária. Mesmo que em seu título se refira a usucapião de terras aplica-se a usucapião sobre outros direitos reais como usufruto, domínio útil na enfiteuse, uso e habitação. A usucapião especial rural tem procedimento próprio do artigo 5º da Lei n. 6.969/81 e a usucapião especial urbana, disciplinada pelo Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/2001, vale-se o rito processual sumário. Desta maneira são três as regulações procedimentais para a usucapião e dois os procedimentos a ela destinados segundo suas modalidades, como apontado por Antônio Cláudio da Costa Machado⁷⁵.

O atual Código de Processo Civil trata “Da ação de usucapião de terras particulares” no Capítulo VII, Título I do Livro IV – artigos 941 a 945. O anterior Código de Processo Civil de 1939, o fez no Título XXI “Da Ação de Usucapião – artigos 454 a 456. A denominação titular sobre a qual tratado o tema nos dois diversos e sucessivos regimes se dá em torno da impossibilidade de usucapir terras públicas, inclusive as terras devolutas,

⁷⁴ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. São Paulo: Saraiva, 2007. 5ª ed., v.2, p. 989.

⁷⁵ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado e Anotado**. Barueri: Manole. 2ª ed., 2008, p. 1512.

questão constitucionalmente levada ao âmbito dos bens públicos, como bem expõe o Benedito Silvério:

Nos dias hodiernos, em especial com a vigência da atual Constituição Federal, efetivamente retrata o título “Da ação de usucapião de terras particulares” uma verdade, pois vedado restou expressamente usucapir bens públicos.⁷⁶

Essa questão da não possibilidade de usucapir bens públicos, em que pese aqui verificada ao lado da Ação de Usucapião de Terras Particulares prevista no Código de Processo Civil para a usucapião nas modalidades ordinária e extraordinária, aplica-se também para as outras duas modalidades especiais, rural e urbana, conforme já analisado neste trabalho.

O prescribente procurará a declaração de domínio da coisa por meio de ação própria, o instrumento técnico que lhe é legalmente assegurado. Sua natureza, portanto, será declaratória, como também declaratória será sua respectiva sentença, conquanto a propriedade já esteja constituída pelo decurso do prazo legal de aquisição originária – artigo 941 do Código de Processo Civil e artigo 1.238 do Código Civil, acompanhado dos demais requisitos estabelecidos em lei e esteja ela adstrita à declaração. Observa-se a necessidade de diferenciarmos com precisão a aquisição inicial do domínio havida como anterior fato prescritivo e a sua posterior declaração judicial.

Os contornos da ação de usucapião são próprios, com previsão legal específica, aplicação determinada e processo especial com rito característico e preceitos inafastáveis⁷⁷, portanto, não substituível pela ação declaratória ordinária. Através dessa declaração judicial de domínio com efeito *ex tunc*, à qual soma-se um certo conteúdo mandamental – artigo 945 do Código de Processo Civil, tem-se o título para regularização dominial junto ao serviço registral imobiliário competente, imprimindo-lhe efeito *erga omnes* e de indisponibilidade. Como se vê, não tem nenhum caráter constitutivo.

⁷⁶ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. São Paulo: Saraiva, 2007. 5ª ed., vol. 2, p. 1103.

⁷⁷ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. São Paulo: Saraiva, 2007. 5ª ed., vol. 2, p. 1102 e 1103.

Transcrevemos palavras de Antônio Cláudio da Costa Machado⁷⁸ em comentário ao artigo 941 do Código de Processo Civil:

(...) o texto deixa expressa a natureza declaratória da ação de usucapião, o que é absolutamente exato, dada à circunstância de que a aquisição do domínio não ocorre por força da sentença, mas em decorrência do decurso do tempo, o que o ato judicial apenas declara com efeito *ex tunc* (é por isso que a perda ou a interrupção posterior é indiferente).

Por tudo isso é uma ação de Direito Real, versando sobre direitos reais, no caso, imobiliários, operando efeito de coisa julgada material.

Possível a usucapião ser utilizada como defesa – *exceptio domini*, independente de sentença e sem possibilidade de registro. Isso se faz particularmente claro a partir do entendimento de que primeiro ocorre a aquisição de domínio e, posteriormente, obtém-se a respectiva declaração judicial. Assim, é possível a oposição de domínio adquirido em usucapião como defesa, por meio de contestação, sem que até então tenha havido sua declaração. Como adquirido o domínio, mesmo que não declarado por sentença, pode esta aquisição ser utilizada como defesa em ação proposta contra o usucapiente, como, por exemplo, ação reivindicatória ou possessória. Assim, continuará desprovido da declaração da aquisição de domínio, mesmo que, graças ao uso da usucapião como defesa, tenha sido vitorioso na ação para a qual citado. A ação de usucapião e o uso da usucapião como defesa têm efeitos diversos, efeitos próprios, nesta limitado às partes, sem eficácia *erga omnes*. A respeito, oportuna a transcrição do enunciado da Súmula 237 do Supremo Tribunal Federal com a qual consagrado o melhor entendimento jurisprudencial: “A usucapião pode ser argüida em defesa.”

Mesmo possível a utilização da usucapião em defesa, por meio da contestação, não é admitido pleitear sua declaração em reconvenção. Esse o entendimento jurisprudencial face o caráter direto e originário da usucapião⁷⁹. Ainda, a reconvenção é afastada quando incompatível, quando a diversidade processual impeça a simultaneidade de processos. Ora, a usucapião tem procedimento especial, previsto no artigo 942 e seguintes, do Código de

⁷⁸ COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. **Código de Processo Civil Interpretado e Anotado**. Barueri: Manole. 2ª ed., 2008, p. 1512.

⁷⁹ RT 540/182

Processo Civil, com partes próprias e com a necessária participação de terceiros, das Fazendas e do Ministério Público, diferentemente de outros procedimentos. José Carlos de Moraes Salles⁸⁰ é expresso quanto ao seu entendimento nesta mesma linha, apesar de apontar àqueles que pensem favoravelmente à possibilidade da reconvenção nesse caso.

Já a litisdenúnciação tem amparo no artigo 70, inciso I do Código de Processo Civil e tem cabimento na Ação de Usucapião⁸¹.

Consoante previsão do artigo 923 do Código de Processo Civil é defeso ao réu, na pendência de processo possessório, intentar ação de reconhecimento de domínio. Todavia a questão é controversa; José Carlos Moraes Salles⁸² a ela se refere com as seguintes palavras:

Questão altamente controvertida é a que diz respeito à possibilidade ou não de ser intentada ação de usucapião na pendência de processo possessório.

Isso fica particularmente claro na jurisprudência⁸³ ao apresentar tanto decisão valiosa no sentido da aplicação literal do artigo 923 e não permissão à propositura pelo réu da ação de reconhecimento de domínio na pendência de ação possessória, quanto decisão em sentido absolutamente contrário, favorável ao ajuizamento de reivindicatória pelo réu, contra o autor de ação possessória. Nesse contexto, José Carlos Moraes Salles⁸⁴ se posiciona pela possibilidade de ajuizamento de Ação de Usucapião no curso de ação possessória sob a condição de que na primeira o litígio tenha fundamento exclusivo em posse, sem que qualquer das partes invoque o domínio.

Paralelamente à questão acima, uma outra é posta, relativa à concomitância de ação reivindicatória e de usucapião. Nova controvérsia é estabelecida e a jurisprudência tem adotado posição mais conservadora, de maior cautela, ao apontar a necessidade de que a primeira seja suspensa até o

⁸⁰ SALLÉS, José Carlos de Moraes. **Usucapião de Bens Imóveis e Móveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 6ª ed., 2ª tiragem, 2006, p. 185.

⁸¹ RT 510/110.

⁸² SALLÉS, José Carlos de Moraes. **Usucapião de Bens Imóveis e Móveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 6ª ed., 2ª tiragem, 2006, p. 186.

⁸³ RT 507/194 e RT 617/176.

⁸⁴ SALLÉS, José Carlos de Moraes. **Usucapião de Bens Imóveis e Móveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 6ª ed., 2ª tiragem, 2006, p. 188.

juízo da segunda⁸⁵. De outro lado coloca-se José Carlos Moraes Salles⁸⁶ para defender o entendimento de que possível a concomitância, principalmente diante da posição minoritária de que pode a reivindicação de bem imóvel ter fulcro na afirmação de propriedade a ser comprovada no decorrer da instrução, propriedade esta que se pretende declarada na ação de usucapião.

A vista dos dispositivos legais é inviável a solução administrativa para a usucapião enquanto ação de reconhecimento da prescrição aquisitiva e que alberga obrigatoriamente a contenciosidade, independentemente de que contestada. Única exceção deu-se com o reconhecimento administrativo da usucapião de imóvel rural em terras devolutas do artigo 4º, § 2º da Lei n. 6.969/81.

3.5.2 A Propositura da Ação – Requisitos Essenciais

Iniciamos por dizer da capacidade *ad causam* ou das partes, da capacidade *ad processum* ou para estar em juízo e do *ius postulandi* ou da capacidade postulatória .

A capacidade *ad causam* de ser parte – artigo 12 do Código de Processo Civil, refere-se à capacidade de ter direitos, de ter sua personalidade jurídica reconhecida a partir do nascimento com vida, embora haja o reconhecimento de direitos do nascituro desde a concepção – artigo 2º do Código Civil. Desta forma, toda pessoa natural ou jurídica, ao lado das quais ainda são encontradas as quase personalidades jurídicas ou universalidades como a massa falida, a herança jacente, o espólio, o condomínio, a sociedade de fato, poderá deter a titularidade de direitos civis figurando como sujeito ativo ou autor ou como sujeito passivo ou réu na relação processual. Esse entendimento repercute sobre a usucapião enquanto direito constitucional e civil.

A capacidade *ad processum* ou para estar em juízo significa legitimação e só é própria aqueles que estejam no exercício de seus direitos – artigo 7º do Código de Processo Civil, admitidas restrições e exceções legais – artigos 5º, 6º, 8º e 9º do mesmo diploma. Esta capacidade para estar em juízo

⁸⁵ RT 652/51

⁸⁶ SALLES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de Bens Imóveis e Móveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 6ª ed., 2ª tiragem, 2006, p. 190.

não se confunde com a capacidade de ser parte, que é condição para a ação e não para o processo, mesmo porque possível ter esta e não ter aquela como no caso do menor ou do interdito. A primeira é própria de quem pode ser parte e esta diz respeito ao modo de sua representação em juízo. Para agir em juízo a Lei Civil estabelece condições para os absolutamente incapazes – artigo 3º e para os relativamente incapazes – artigo 4º, ou seja, aqueles que menores de 18 anos e que não tenham adquirido a maioridade por outra razão que não a idade – artigo 5º, e os curatelados – artigo 1.767, todos estes do Código Civil. Para os dependentes de representação para estar em juízo indispensável a autorização específica para a propositura de ação ou para defesa – artigos 1.774 e 1.748, inciso V, do Código Civil e artigo 9º, este do Código de Processo Civil.

O *ius postulandi* ou a capacidade postulatória diz respeito ao exercício técnico profissional da atuação junto ao juízo, da postulação propriamente dita, do exercício da advocacia. Cabe ao advogado postular em juízo o interesse de parte mediante mandato escrito em atenção ao artigo 36 do Código de Processo Civil e mais dispositivos da Lei n. 8.906/94 – Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil.

3.5.2.1 A Propositura da Ação – Outros Requisitos

O processo da Usucapião tem seu início com a apresentação em juízo da petição inicial, atendidos os requisitos gerais do artigo 282 e os requisitos especiais da ação constantes do artigo 942 do Código de Processo Civil.

Tomamos aqui do texto o preceito e transcrevemos:

O autor, expondo na petição inicial o fundamento do pedido e juntando planta do imóvel, requererá a citação daquele em cujo nome estiver registrado o imóvel usucapiendo, bem como dos confinantes e, por edital, dos réus em lugar incerto e dos eventuais interessados, observando quanto ao prazo o disposto no inc. IV do art. 232.

Da exordial deve constar a indicação do juízo ao qual dirigida, a individualização e identificação das partes, do autor – *actor is qui agere vult*, e dos réus – *réus in cum quo agitur*, por meio de nome completo, estado civil, domicílio e residência, o fato e os fundamentos jurídicos do pedido, o pedido com suas especificações, o valor da causa, as provas com as quais o autor pretenda demonstrar a verdade dos fatos alegados e o requerimento de citação dos réus, acrescendo-se a planta do imóvel. O autor é aquele que, reunindo as condições legais, deduz judicialmente um pedido, independentemente de que seja maior ou menor, admitido ente público no pólo ativo da ação⁸⁷; réus são aqueles que, no caso da usucapião, sendo proprietário ou confinantes do imóvel segundo o constante dos lançamentos registraes, têm contra si o pedido.

Irregularidade na petição inicial ensejará oportunidade de aditamento capaz de regularizá-la, de modo a atender ao princípio da economia, mas sua não regularização poderá impedir o prosseguimento da ação.

A indicação do juízo ao qual dirigida a petição inicial remete-nos à competência para a ação de usucapião. No caso específico esta não terá relação com a indicação do domicílio e residência de réus, mas sim com o foro do imóvel objeto da usucapião – *forum rei sitae*. A usucapião é uma ação de direito real que objetiva a declaração da aquisição de domínio e tem sua competência estabelecida no artigo 95 do Código de Processo Civil, ressalvadas das previsões no âmbito da Organização Judiciária do respectivo Estado. Esta competência é relativa e sujeita a alteração decorrente da não exceção declinatória de foro. A vista do contido no artigo 109 da Constituição, possível o deslocamento de competência para a Justiça Federal quando a União, entidade autárquica ou empresa pública federal vierem a figurar no feito como réus, assistentes ou oponentes, exceto em feitos de falência, acidente do trabalho ou outros sujeitos à Justiça Eleitoral ou à Justiça do Trabalho. À Justiça Federal cabe decisão sobre o interesse da União, matéria esta objeto da Súmula 150 do Superior Tribunal de Justiça, desde que haja a respeito um mínimo de elementos que apontem a esse interesse⁸⁸. Transcrevemos:

⁸⁷ RT 726/244.

⁸⁸ RSTJ 103/285.

Súmula 150 – Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, duas autarquias ou empresas públicas.

A respeito do enunciado da Súmula 150 do Superior Tribunal de Justiça manifestou-se Lourival Gonçalves de Oliveira:

A simples presença dos entes sujeitos à Justiça Federal, seja a que título e em que momento processual for, exige que o feito lhe seja remetido para apreciação. Reconhecida a competência desta, manterá o feito sob sua instrução e julgamento, e, se não reconhecida, determinará o retorno ao juízo anterior.

Em todos os casos a solução é determinada pela competência da Justiça Federal, desde que pretendido o chamamento à lide da União, suas autarquias ou empresas públicas, ou venham elas comparecer espontaneamente no feito. ... Assim, a decisão sobre a permanência ou não da União, suas autarquias ou empresas públicas no feito é de exclusiva alçada da Justiça Federal. Quer tenha sido proposto em suas dependências ou nas dependências da Justiça Estadual.

A simples manifestação da Justiça Federal quanto a sua competência exaure a questão.⁸⁹

Essa competência se faz clara nos casos de usucapião intentada sobre terrenos de marinha⁹⁰ ou em áreas de aldeamento indígena⁹¹. Note-se ainda que a teor da Súmula 11 do Superior Tribunal de Justiça, nos casos da usucapião especial sobre imóvel rural regulada pela Lei n. 6.969/81, a presença da União ou de qualquer de seus entes não afasta a competência do foro de situação do imóvel. Transcrevemos:

Súmula 11 - A presença da União ou de qualquer de seus entes, na ação de usucapião especial, não afasta a competência do foro da situação do imóvel.

Indicação do estado civil das partes na petição inicial terá a finalidade de apontar à necessidade ou à dispensa, se solteiras, da outorga uxória ou marital, questão esta passível de muitas discussões, mas, quase

⁸⁹ OLIVEIRA, Lourival Gonçalves de. Comentários às Súmulas do Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Saraiva, 1998, 3º vol, p. 170.

⁹⁰ RT 552/97.

⁹¹ RT 757/113.

sempre, voltada à exigência⁹², também quanto ao autor, e à extensão da citação aos cônjuges, além de ser relevante quando do registro futuro. Neste último aspecto, importante a inclusão do regime de bens no casamento.

A perfeita individualização e identificação das partes tem um aspecto especial no caso da Usucapião, quando deve o autor usucapiante identificar-se com dados além da exigência geral do Código de Processo Civil e oferecer, desde logo, aqueles que serão necessários ao atendimento das futuras exigências registrais como o número do documento de identidade e de CPF.

Fatos e fundamentos jurídicos do pedido deverão estar suficientemente apontados. Correspondem à causa de pedir. Os fatos a serem expostos têm uma relação direta com o direito apontado e cujo reconhecimento declaratório é pretendido, como a posse, seu tempo e suas circunstâncias. Essa exposição dos fatos deve voltar-se ao convencimento do magistrado e à defesa dos réus.

No concernente aos fundamentos jurídicos, além do que específico à Usucapião há que ser exposto e demonstrado o que relativo à sua espécie, ordinária, extraordinária ou alguma das especiais. Observe-se não se tratar de apontamento de norma jurídica, sempre útil, mas sim de causa de pedir – causa *petendi*, tanto a causa remota – a origem do direito, quanto à causa próxima – o direito. Especificamente na petição inicial da Ação de Usucapião necessário que não só seja descrito minuciosamente o imóvel usucapiendo, com sua área, limites, linhas divisórias, confrontações, também para os fins dos artigos 176, inciso II, n. 3 e 226 da Lei n. 6.015/73, benfeitorias, mas também o início e o tempo da posse, a forma como exercida e outros aspectos como a utilização pessoal ou familiar, para habitação ou trabalho.

Conveniente que a descrição, enquanto possível, tenha coincidência, ou ao menos alguma relação, com os dados constantes da respectiva matrícula ou daquela na qual inserida a área usucapienda ou daquelas sob as quais se estenda. Essa a oportunidade para oferecer também o número de cadastro municipal, se existente, para futura finalidade registral. Devem igualmente ser arrolados os fatos que apontam ao exercício da posse com o *animus* de dono. Mais, conforme as circunstâncias e a

⁹² RJTJSP 130/204; 139/ 165; 275/102.

natureza da usucapião, poderá também dizer do título e porque considerado justo, da boa-fé da posse, da sucessão na posse sem interrupções e da não propriedade de outro imóvel. No todo, deverá estar inteiramente atendido o constante do artigo 941 do Código de Processo Civil, especialmente no que relacionado à expressão “nos termos da lei”, ou seja tudo que a lei exija como condição *ad usucapionem* em sua modalidade.

Merece ser chamada a atenção para com a referência do artigo 942 para a necessidade de requerimento de citação daquele ou daqueles em nome do qual ou dos quais o imóvel ou os imóveis estejam registrados, dos confinantes da área usucapienda e de outros interessados, no sentido de largar a participação no pólo passivo do feito e, paralelamente, alcançar uma maior segurança na instrução.

Transcrevemos do mencionado artigo 941:

Art. 941. Compete a ação de usucapião ao possuidor para que se lhe declare, nos termos da lei, o domínio do imóvel ou a servidão predial.

O pedido a constar da petição inicial tem importância em razão de objetivar a pretensão, ou seja, de apresentar com precisão o objeto da demanda, no caso da Usucapião o pedido certo e determinado – artigo 286 do CPC, da declaração do domínio do bem usucapiendo, como constante do artigo 282, IV combinado com o artigo 941, ambos do Código de Processo Civil. No pedido encontramos um conteúdo imediato que, no caso, é a declaração de domínio e, outro, mediato, assim, o bem que pretende adquirido, no caso, o domínio sobre determinado imóvel. Deve ele assentar-se com precisão e coerência sobre a causa *petendi*, tanto a remota quanto a próxima.

Oportuna a referência à regra geral da impossibilidade de emendas sobre o contido na petição inicial como do artigo 294 do Código de Processo Civil, a exceção de modificação do pedido ou da causa de pedir com a qual consinta o réu, a teor do artigo 264 do mesmo diploma, excluída a hipótese de qualquer alteração, até mesmo mediante a anuência do réu, após a prolação do despacho saneador – parágrafo único. Todavia, possível a correção de erros que não alterem propriamente a causa de pedir ou o pedido, já destinada à boa condução do processo e esclarecimento do juízo. A respeito, Benedito

Silvério Ribeiro destina longo esclarecimento⁹³. Ademais, a restrita possibilidade de alteração da inicial não significa restrição probatória, que poderá vir a ser responsável por ajustes nos elementos fáticos apresentados, inclusive no que diz respeito à posse e seu tempo, ou mesmo ao imóvel ocupado, sem que isso signifique perda em relação à pretensão, desde que não alterados em sua essência.

O valor da causa a constar obrigatoriamente da inicial – artigos 258, 259, 273 e 282, inciso V do Código de Processo Civil, tendo importantes reflexos posteriores. Esse valor deve atender à realidade da pretensão, a declaração do domínio sobre determinado imóvel, ao proveito econômico. Assim, não pode fugir ao real valor comercial do imóvel, no que, o eventual lançamento para fins de IPTU - Imposto Predial e Territorial Urbano, ou respectivo lançamento para fins de ITR – Imposto Territorial Rural, se existente, poderá vir a servir de base mínima, excluídas as benfeitorias realizadas às expensas do próprio usucapiente. Benedito Silvério Ribeiro ao acatar essas possibilidades de estimativa do valor da causa, estende a possibilidade de apuração ao ato pericial, durante a instrução. São suas palavras:

Havendo cadastro ou lançamento oficial do valor para fins fiscais, não oferta dúvida alguma para o encontro do valor da causa, nos moldes do disposto no art. 259, VII, do Código de Processo Civil.

Na ausência de estimativa oficial do valor do bem, caberá ao autor fixar o valor da causa, tomando em consideração o objeto da demanda, sendo livre ao réu, como é natural, impugnar o cálculo do autor.

Finalmente, poderá o valor ser encontrado por ocasião da perícia, devendo quesito ser formulado nesse sentido, indagando justamente sobre o valor venal do imóvel usucapiendo, embora referindo a mera estimação do valor, o que atende ao requisito preceituado no art. 282, V, do diploma processual civil.⁹⁴

Como em qualquer outra ação e muito particularmente na Ação de Usucapião, poderá a parte requerente pretender o benefício da Justiça Gratuita – artigo 5º, inciso XXXIV, “a” e inciso LXXIV da Constituição Federal, Lei n.

⁹³RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. São Paulo: Saraiva, 2007. 5ª ed., vol 2, p. 1150-1151.

⁹⁴RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. São Paulo: Saraiva, 2007. 5ª ed., vol. 2, p. 1155-1156.

1.060/50, artigos 19 e 27 do Código de Processo Civil e artigo 12, § 2º da Lei n. 10.257/2001, declarando pobreza e impossibilidade do pagamento das custas processuais sem prejuízo da sua subsistência digna e de sua família, questão muito próxima do instituto e de seus relevantes aspectos sociais. A par de dispensar do recolhimento prévio das custas processuais, o deferimento do pedido de Justiça Gratuita terá outros reflexos como sobre as despesas processuais, aspecto significativo no que diz respeito a ato pericial e também sobre o pagamento de honorários advocatícios na hipótese da derrota. No caso de Usucapião especial rural a própria Lei n. 6.969/81, em seu artigo 6º prevê que “o autor da ação de usucapião especial terá, se o pedir, o benefício da assistência judiciária gratuita, inclusive para o Registro de Imóveis”. No Estado de São Paulo, o deferimento terá, ainda, em qualquer ação de usucapião beneficiada pela Justiça Gratuita reflexo sobre os emolumentos do extrajudicial referentes ao registro do respectivo mandado segundo o disposto na Lei Estadual n. 11.331/2002 e o entendimento da Egrégia Corregedoria Geral da Justiça.

A prova é elemento processual de máxima relevância. Obrigatória a sua produção com a inicial quando se trate de prova documental. Deve ser integralmente oferecida nesse momento à exceção de documento novo, da prova pericial que será produzida ao seu tempo e a prova testemunhal que terá o respectivo rol de testemunhas depositado até dez dias antes da audiência e produzida em seu curso. No caso da produção de prova posteriormente à inicial, necessário seu prévio apontamento mediante protesto consignado na exordial. De início, necessário o oferecimento da procuração judicial. No mais, esse tipo de prova é comum na usucapião onde haja título ou outros documentos, como quase sempre há, capazes de comprovar a posse, seu tempo, a utilização e até mesmo a identificação do imóvel, ou de, ao menos, apontar para necessidade de prova pericial ou, principalmente, a testemunhal. As provas pretendidas e não produzidas inicialmente deverão ser nela requeridas para produção no curso da instrução. Não se pode deixar de dizer que cabe ao autor a produção das provas necessárias em razão de seu pleito como verdadeiro ônus – *actori incumbit onus probandi*.

Dentre os documentos a serem oferecidos em juízo com a petição inicial deverão estar também as certidões negativas de propriedade imobiliária

nos casos da usucapião em que exigido do usucapiente não possuir outro imóvel como condição para a aquisição do domínio e conseqüentemente, para a pretensão declaratória.

Diz o artigo 942 do Código de Processo Civil da necessidade do oferecimento de planta do imóvel. A exigência guarda correlação com a previsão do artigo 283 no qual apontada a necessidade de que a inicial seja instruída com os documentos necessários à propositura da ação. Essa planta, formalidade indispensável⁹⁵, efetivamente não se confunde com simples croqui, em que pese muitas vezes admitida sua substituição por este⁹⁶, especialmente nos casos de imóvel urbano ou em que a inicial tenha sido amplamente instruída com dados que se tornem suficientes ou, ainda, que tenha havido detalhada instrução probatória, marcadamente quanto a prova pericial. Não se trata propriamente de um elemento probatório, mas de significativo elemento instrutório, muito próprio ao interesse da segurança processual. Dela deve constar a matrícula registral se houver, todos os elementos descritivos do imóvel como a linha perimétrica com suas medidas, ângulos e marcos, área e localização, os imóveis confrontantes com indicação de seus proprietários e das respectivas matrículas, a indicação de benfeitorias existentes e outros elementos informativos tidos por importantes. Deve atender a sua natureza técnica, ou seja, estar tecnicamente elaborada, firmada por profissional habilitado e acompanhada do respectivo memorial descritivo, retratando a projeção gráfica do imóvel, tudo em perfeita consonância com o contido na petição inicial, em que pese tais exigências não serem constantes do preceito legal e nem mesmo referidas na jurisprudência, muitas vezes menos exigente. Há possibilidade de que em certos juízos⁹⁷ essa planta técnica venha a ser aceita mediante substituição por pormenorizado croqui que, não sendo de elaboração técnica, seja, ao menos, suficiente em seus dados e que posteriormente substituído por aquela elaborada em ato pericial.

O correto oferecimento da planta, que inclui respectivo memorial, tem significância especial não apenas na condução da citação e facilitação da defesa como também para a instrução do feito e para futura expedição de

⁹⁵ RT 491/77.

⁹⁶ RT 568/74.

⁹⁷ RT 517/64; 531/78; 568/74 e 741/347.

mandado para fins registrais, como constante do artigo 226 do Código de Processo Civil.

Ressalve-se que a não referência na Constituição ou no Estatuto da Cidade ao oferecimento de planta do imóvel quando da petição de usucapião não representa dispensa, mesmo porque aplicável a previsão processual. Já quanto à Usucapião da Lei n. 6.969/81 é expressa a dispensa, desde que individualizado suficientemente o imóvel na petição inicial. É do texto legal:

Art. 5º (...)

§ 1º O autor, expondo o fundamento do pedido e individualizando o imóvel, com dispensa da juntada da respectiva planta, poderá requerer, na petição inicial, designação de audiência preliminar, a fim de justificar a posse, e, se comprovada esta, será nela mantido, liminarmente, até a decisão final da causa.

A dispensa tem um forte conteúdo de facilitação do uso do instituto e de minimização de custos em razão de sua finalidade marcadamente social. No entanto, indispensável a individualização do imóvel, mesmo porque necessária ao estabelecimento do pólo passivo da ação e abertura de oportunidade ao contraditório. Nesse mesmo sentido facilitador e por mesmas razões sociais poderia ter sido solução dada pelo legislador ao encaminhamento processual da Usucapião especial urbana, deixada sem essa atenção. Todavia, a sensibilidade do julgador por certo não deixaria em dificuldades o postulante da ação que, em face de motivações de natureza social e econômica não possa atender a exigência, mesmo porque durante a instrução a perícia judicial poderia suprir de maneira suficiente e tecnicamente segura a falta da planta.

Muitos outros documentos poderão vir aos autos com a inicial, conforme as arguições do autor e conforme os tenham, como o título, provas de tempo de ocupação e de utilização, dentre outros.

Observe-se que a alteração dos artigos 942 e 943 do Código de Processo Civil pela Lei n. 8. 951/94 excluiu a oportunidade da audiência de justificação de posse, a exceção da Usucapião especial rural, permanecendo a Ação de Usucapião, como procedimento especial de rito ordinário.

Certidão de registro imobiliário é documento essencial e a ser apresentado com a petição inicial em atendimento ao artigo 942, ao dizer da citação daquele em nome do qual “esteja registrado o imóvel usucapiendo”. Não se trata de exigência direta e expressa, mas inegável ante aquela previsão e garantidora do correto estabelecimento do pólo passivo da ação. Acaso não haja registro do imóvel, necessário comprovação por meio da certidão negativa. Washington de Barros Monteiro⁹⁸ é claro quanto a essa necessidade; na mesma esteira é a jurisprudência⁹⁹. Eventualmente a certidão negativa poderá subsidiar a citação por edital de réu desconhecido. De outro lado pode-se falar da necessidade de certidão negativa de feitos possessórios, conquanto ser sua existência impeditivo de ação de reconhecimento de domínio a teor do artigo 923 do Código de Processo Civil.

Por fim, deve ser requerida a citação dos réus certos, pessoalmente ou por edital, ato de chamamento à relação processual. O artigo 942 do Código de Processo Civil dispõe sobre a constituição do pólo passivo da Usucapião, devendo nele figurar aquele que tenha o registro do imóvel usucapiendo, aquele que seja o possuidor no momento da propositura da ação, se o usucapiente for ex-possuidor que tenha reunido os requisitos para a usucapião, isto nos termos do enunciado da Súmula 263 do Supremo Tribunal Federal, como também aqueles que detenham a titularidade dos imóveis confinantes. Todos deverão estar na condição de litisconsortes passivos necessários. A citação do que detentor da titularidade registral presta-se à oportunidade de defesa daquele que tem a aparente certeza do domínio, enquanto a citação dos confinantes terá por principal finalidade chamar à de defesa, face eventual interpenetração de posse, oriunda de dúvidas quanto aos limites e confrontações.

3.5.3 A condução do Processo

O despacho inicial previsto no artigo 284 do Código de Processo Civil tem a finalidade de verificar o atendimento dos artigos 282, 283, 923, 941 e 942 do mesmo diploma, impedir o prosseguimento inconveniente ou conduzir

⁹⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Saraiva: São Paulo, 2003, vol. 3, 39ª ed. p. 132 .

⁹⁹ RT 820/367.

o feito a um melhor delineamento da pretensão, promovendo correções da inicial, decidindo sobre justiça gratuita, determinando as citações e intimações e garantindo desde já o perfeito estabelecimento do contraditório. Dentre as verificações a fazer quando do despacho inicial estará a da preexistência de ação possessória a título de domínio impeditiva da ação de reconhecimento de domínio – artigo 923 do Código de Processo Civil. Esclarece Benedito Silvério Ribeiro¹⁰⁰:

Existindo ação possessória em curso, afigura-se vedado ao usucapiente buscar o reconhecimento de domínio através da via usucapional, por ser necessário que se defina a situação quanto ao possuidor, para que somente após se viabilize ou não a usucapião, salvo disputa a título dominial na possessória, caso em que poderá o prescribente nela opor defesa com base na *exceptio usucapionis*.

Em suma, a questão da propriedade, na esfera possessória, está limitada a duas hipóteses: a primeira, quando a posse é disputada com base no domínio; a segunda, quando o exame da prova contida nos autos não tenha sido suficiente para resolver a dúvida no concernente ao verdadeiro proprietário.

Entretanto, correndo as duas ações, há quem interprete que deverá seguir a possessória, com a extinção do processo de usucapião, havendo ainda entendimento de que impõe-se a suspensão deste.

Não afastam julgados a possibilidade de reunião dos processos, para julgamento conjunto.

Em cumprimento do despacho inicial e à vista do requerido na petição inicial – artigo 942 do Código de Processo Civil, procede-se à citação pessoal daqueles que apontados como réus certos, atendendo às disposições específicas, como condição de validade do processo e passível de determinar a anulação dos atos subseqüentes. Por ela, os réus tomam conhecimento do pedido inicial e dos documentos que o acompanham e são chamados à defesa, valendo para todos os atos do processo. Ato formal de especial relevância deve fazer-se dentro de rigoroso atendimento às determinantes legais de modo a garantir de maneira segura o princípio constitucional do contraditório. Como ação real imobiliária a citação deve ser estendida aos cônjuges dos réus, litisconsortes passivos necessários, tanto no caso do proprietário em nome do qual esteja o imóvel registrado quanto daqueles que confinantes, independentemente do regime de bens dos respectivos casamentos.

¹⁰⁰ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. São Paulo: Saraiva, 2007. 5ª ed., vol 2, p. 1206-1207.

No Código de Processo Civil estava previsto que a citação deveria ser precedida de audiência preambular de justificação de posse e sua homologação, de cuja intimação passava a correr o prazo para defesa, procedimento absolutamente desnecessário, injustificável e inoportuno, um ônus para o desenvolvimento processual. Note-se que a audiência tinha um caráter de pressuposto processual e se limitava à prova da posse e não das demais condições para a usucapião, inclusive relativamente ao tempo. Esse procedimento foi abolido com o advento da Lei n 8.951/94 que alterou o artigo 942 daquele diploma. A abolição foi extremamente oportuna, capaz de simplificar o procedimento próprio à ação, desonerar o Judiciário e, principalmente, as partes. Assim, na atual previsão adjetiva a citação segue-se ao despacho inicial e, de pronto, traz os réus ao processo e o requisito da posse e de suas condições fica para a instrução do processo, num melhor aproveitamento do procedimento ordinário que subsidiário à Ação de Usucapião de Terras Particulares. Uma observação, no entanto, se faz oportuna quanto a certa admissão da audiência de justificação de posse, uma audiência própria, a requerimento de parte, após a citação, já sob a égide do contraditório para fins da Usucapião Rural regulada pela Lei n. 6.969/81¹⁰¹.

A citação é ato essencial, principal e fundamental à validade do processo é aquele que enseja oportunidade ao atendimento do preceito constitucional da defesa, esposado no artigo 5º, inciso LV da Constituição de 1988 e que, na hipótese de defeito em sua realização dá origem à nulidade pleno *iure* como se vê do contido nos artigos 247 e 214 do Código de Processo Civil e com possibilidade de aproveitamento de atos¹⁰². Dada sua relevante importância, *citatio est fundamentum totius iudicii*, deve estar revestido de todas as formalidades que lhe sejam prescritas, tem caráter pessoal mesmo que realizada de forma que não direta e pessoal e vale para todos os atos do processo.

No caso específico da Ação de Usucapião a citação não tem a finalidade de interromper a prescrição, mas apenas dar conhecimento de um feito no qual pretendido o reconhecimento e declaração do domínio já adquirido por meio da prescrição aquisitiva e de nele chamar à defesa. Imprescindível a

¹⁰¹ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. São Paulo: Saraiva, 2007. 5ª ed., vol. 2, p.1311 e 1312.

¹⁰² RT 541/100.

citação do titular do registro ou proprietário tabular, daquele “em cujo nome estiver registrado o imóvel usucapiendo” como do artigo 942 do Código de Processo Civil, tal como constante da certidão registral, sob pena de nulidade¹⁰³. O mesmo preceito determina a extensão do ato citatório aos confinantes sob pena de nulidade absoluta¹⁰⁴, de modo a melhor permitir a definição de posses e o estabelecimento de seus limites bem como aos possuidores, caso o autor tenha perdido a posse, requisito para a usucapião, posteriormente. A respeito, oportuna a remessa ao contido nas Súmulas 391 e 263 do Supremo Tribunal Federal, que transcrevemos:

Súmula 391 - O confinante certo deve ser citado, pessoalmente, para a ação de usucapião.

Súmula 263 – O possuidor deve ser citado, pessoalmente, para a ação de usucapião.

As citações de casados, proprietários, confinantes ou posseiros, devem ser estendidas aos respectivos cônjuges, independentemente do regime de bens dos respectivos casamentos. A participação de cônjuges na ação de usucapião deve ocorrer tanto no pólo passivo quanto no pólo ativo. A presença do cônjuge no pólo passivo ocorrerá sob pena de nulidade a teor do previsto no artigo 10, § 1º do Código de Processo Civil, sanável a qualquer tempo e sem incidência de preclusão, inclusive nos casos de separação de fato e não de direito.

Paralelamente à citação e em atendimento ao despacho inicial deve-se proceder à intimação via postal das Fazendas Públicas da União, Estado, Distrito Federal, Território e Município como determinado pelo artigo 943 do Código de Processo Civil. É desse preceito:

Art. 943. Serão intimados por via postal, para que manifestem interesse na causa, os representantes da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.

¹⁰³ RT 201/418; 223/144; 582/214; 660/84 e 93.

¹⁰⁴ RT 303/351; 794/20.

A intimação tem conteúdo de dar ciência do litígio para providências que julgar conveniente como expresso no artigo 234 do mesmo diploma e jamais de citação. Com ela não se chama para vir integrar a lide no pólo passivo e, se desejar, apresentar defesa, mas apenas dela dá ciência. Anteriormente à lei n. 8.951/84, o então vigente § 2º do artigo 942 previa expressamente a cientificação. De qualquer forma, essa intimação não se confunde em absolutamente nada com a citação, sem afastar a hipótese de que a ação seja movida contra uma dessas entidades públicas como proprietária ou como confinante, caso em que a citação estaria a suprir a necessidade da sua respectiva intimação. O conteúdo dessa intimação é dar conhecimento para que as fazendas possam se manifestar no feito, demonstrando ou não interesse na causa, ou de reconhecer-lhes a faculdade de comparecimento a qualquer momento ou quando lhes convier, tratando-se de formalidade essencial cujo desatendimento é causa de nulidade¹⁰⁵. Essa intimação por via postal na pessoa dos respectivos procuradores deve ser acompanhada da petição inicial e de seus documentos, sem o que não atenderia de maneira integral e efetiva à sua finalidade¹⁰⁶.

A contestação deverá ser apresentada pelos réus, por petição escrita, em conjunto ou separadamente, no prazo geral de 15 dias previsto no artigo 297 do Código de Processo Civil, contado nos termos do artigo 241, admitida prorrogação nos casos da incidência dos artigos 188 e 191, todos do mesmo diploma. O mesmo prazo é utilizável para exceções previstas no artigo 304 daquele Código, incompetência, impedimento e suspeição, estas possíveis na Ação de Usucapião, mas não para reconvenção, esta inadmitida por grande parte dos pensadores.

Em defesa, os réus deverão exaurir suas alegações, e, expondo integralmente as razões de fato e de direito com as quais impugnam o pedido do autor, especificando desde já as provas que pretenda produzir, como consta do artigo 300 do diploma processual.

Se os réus não contestarem a ação os fatos apontados pelo autor serão reputados verdadeiros como disposto no artigo 319 do Código de Processo Civil, com as ressalvas do artigo 320 e a exigência do artigo 9º, § 2º,

¹⁰⁵ RT 491/77; 493/187; 510/196; 537/172; 548/216.

¹⁰⁶ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. São Paulo: Saraiva, 2007. 5ª ed., vol 2, p. 1298.

a exceção dos réus incertos e desconhecidos. A respeito destes são as oportunas palavras de José Carlos de Moraes Salles¹⁰⁷:

Ora, se assim é, mais lógico será ter como inexistentes os réus incertos e desconhecidos que não contestarem o pedido de usucapião formulado pelo autor, do que considera-los revéis.”

“Destarte, segundo entendemos, apenas os réus certos, citados por edital (inclusive o ausente, que é réu certo) ou com hora certa, terão direito a curador especial, se revéis, de acordo com o disposto no art. 9º, II, do CPC.

Na ação de usucapião forma-se litisconsórcio necessário simples e não o unitário, motivo esse pelo qual a contestação de um aproveita aos demais apenas naquilo que seja exatamente comum, no que igualmente limitada a revelia.

O Ministério Público não é parte na Ação de Usucapião, mas deverá ser obrigatoriamente e sob pena de nulidade, intimado pessoalmente para todos os atos do processo e ter acesso aos autos, na condição de fiscal da lei – *custos legis*, após a manifestação das partes, em atenção ao artigo 944 combinado com os artigos 82, 83, 84, 236, § 2º e artigo 246 do diploma processual.

Dispõe o artigo 944 do Código de Processo Civil sobre a interveniência obrigatória do Ministério Público, por seu representante, em todos os atos da Usucapião. É daquele preceito:

Art. 944. Intervirá obrigatoriamente em todos os atos do processo o Ministério Público.

A participação do Ministério Público no feito funda-se na circunstância de ser a Ação de Usucapião tipicamente de interesse público, como asseverado pelo seu trato não apenas legal, mas, principalmente constitucional, que lhe dá um evidente conteúdo de que direcionada contra a coletividade. Daí sua atuação como fiscal da lei¹⁰⁸, sem cumulação com a função de curador à lide¹⁰⁹. Esta participação é própria à ação e não à

¹⁰⁷ SALLES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de Bens Imóveis e Móveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 6ª ed., 2ª tiragem, 2006, p. 239-240.

¹⁰⁸ RT 419/136.

¹⁰⁹ RT 430/133.

usucapião apontada como defesa¹¹⁰. À função de fiscal da lei é acrescida a oportunidade de substituir a parte em fase de recurso e de, nessa condição, recorrer como do artigo 499, § 2º do Código de Processo Civil. Ao substituir a parte fica a ele facultada também a oportunidade rescisória.

À contestação segue-se despacho saneador, admitindo-se o julgamento antecipado da lide. No saneador o magistrado, deverá ordenar o feito e decidir sobre preliminares e sobre as provas a serem produzidas remetendo o processo ao rito ordinário em atenção ao artigo 272, § Único. Não havendo provas a serem produzidas sobre os fatos alegados, dará cumprimento ao artigo 330 do Código e passará ao julgamento antecipado da lide, no estado em que se encontre.

A produção probatória é das mais importantes atividades processuais devendo fazer-se em atenção ao direito amplo das partes, limitado às disposições legais, com absoluta igualdade e a partir da condução pelo presidente do feito e de suas decisões, sujeitas estas aos recursos pertinentes. Assim, deve o autor produzir suas provas com a inicial ou protestar pela oportunidade de outras, como aos réus cabem a produção das provas de seu interesse quando da contestação ou o protesto pela oportunidade de outras. As provas documentais devem ser oferecidas na primeira oportunidade, com a petição inicial ou a contestação, ressalvada a posterior apresentação de documento novo, a prova pericial deve obedecer aos seus procedimentos e momento próprios e a prova oral deve ocorrer quando da audiência de instrução e julgamento. Observe-se que o *onus probandi* é atribuído ao usucapiente; a ele cabe a prova do atendimento das condições da usucapião devendo os réus ater-se a suas alegações.

Documental é a prova escrita ou literal, capaz de retratar um acontecimento de repercussão jurídica, como o instrumento contratual de compra e venda, a certidão de registro, projetos, recibos e notas de compra relativos a edificação, cartas com respectivos envelopes selados de endereçamento, recibos de negócios, contas de água, luz e telefone, dentre muitos outros.

Perícia é prova de relevante valor nos autos do processo da Ação de Usucapião, destinada à apuração da área do imóvel usucapiendo, sua

¹¹⁰ RP 27/293.

perfeita individualização, o estabelecimento de seus exatos limites e oferecer os dados técnicos necessários ao posterior registro em atenção ao artigo 196 da Lei de Registros Públicos. Presta-se, no caso, para uma perfeita e técnica apuração da ocupação, definindo com precisão o imóvel com sua área perimétrica, medidas, ângulos, área, localização e confrontações, passando pela posse, seu tempo, condições e utilização, marcadamente aquelas condições técnicas que espelham uma situação social relevante para a modalidade do instituto utilizada. Vasta, pois a sua utilidade, não só diante das afirmações contidas na inicial como também em razão dos documentos que a acompanham, inclusive a planta e certidão de registro ou certidão negativa e até mesmo de futuros depoimentos. Sua finalidade é simultaneamente probatória e de produção de dados seguros para a posterior expedição de mandado de registro e seu lançamento na serventia imobiliária. A respeito, oferecemos algumas palavras de Benedito Silvério Ribeiro¹¹¹:

A perícia, na grande maioria dos casos, deve ser realizada, pois será dada vida legal a um imóvel, convindo ressaltar que o interesse público reclama sejam os assuntos atinentes com o registro público tratados com todo cuidado, refletindo exatidão, certeza e segurança.

Apenas situações excepcionais, de perfeita e detalhada instrução documental do processo e de limitada contestação, segundo fundamentada avaliação do juízo, será permitida a dispensa da prova pericial, mesmo porque, se dadas tais circunstâncias fizer-se desnecessária, sua realização estaria a esbarrar nos princípios processuais da economia e da celeridade. Esta dispensa pode ocorrer quando o contido documental nos autos venha suficiente a ponto de tornar a perícia sem finalidade, ou seja a ponto de exaurir-lhe a finalidade¹¹².

No caso específico do processo de Usucapião a prova pericial merece uma observação muito própria conquanto além de prova propriamente dita deve oferecer os elementos técnicos pertinentes à ação, ao imóvel e ao seu futuro registro.

¹¹¹RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. São Paulo: Saraiva, 2007. 5ª ed., vol. 2, p. 1162.

¹¹² RT 555/75; 562/98.

Possível anotar em relação ao contexto processual e seus reflexos registrais que a prova pericial pode ir além de permitir o convencimento do magistrado quando do julgamento, para servir também à finalidade técnico-informativa quando de elaboração do respectivo mandado do registro, oferecendo os elementos a ele essenciais e que não tenham vindo aos autos por meio de prova documental. Nisso pode-se apontar também, a limitação da prova testemunhal que a tanto não se presta em razão de seu conteúdo não técnico.

3.5.4 Audiência e outras provas

Por ocasião da audiência de instrução e julgamento, as partes poderão ser ouvidas em depoimento pessoal, bem como tomado o depoimento das testemunhas por elas arroladas. Não há dúvida de que a prova oral é muito comum e a mais simples delas, em que pese inegavelmente menos exata e menos precisa que a prova documental e a prova pericial, inclusive para fins de comprovação da posse e de seu tempo. Essas oitivas limitar-se-ão a fatos e jamais avançar-se-ão sobre aspectos técnicos, próprios de documentos específicos e de prova pericial. Exatamente em razão da limitação a fatos têm seu valor na Ação de Usucapião, especialmente no que diz respeito à comprovação dos requisitos aquisitivos, valor este que vem a crescer em relação à diminuição da prova documental ofertada.

Após a instrução e formação do conjunto probatório, especialmente quando da prolação da sentença, deverá haver a apreciação, valoração ou inteligência da prova, segundo o livre convencimento do Juiz. Especial atenção deve-se ter para com a prova irregularmente produzida, fraudada, muito possível no procedimento da usucapião e que se torna ainda mais grave diante dos aspectos sociais e econômicos, constitucional e legalmente reconhecidos e que a envolvem. Antenor Batista¹¹³ chama atenção explicitamente para tal possibilidade, especialmente quanto à prova testemunhal da posse e produção de documentos.

¹¹³ BATISTA, Antenor. **Posse, Possessória, Usucapião e Ação Rescisória**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2004, 2ª ed , p. 85.

Uma primeira, isolada e superficial leitura do artigo 945 do Código de Processo Civil poderia ensejar o grave engano acerca da natureza da sentença na Ação de Usucapião. No entanto, um exame mais apurado e sistêmico do preceito permite entender na esteira da doutrina que sua natureza não é constitutiva, nem mesmo mandamental, mas sim meramente declaratória. Transcrevemos:

Art. 945. A sentença, que julgar procedente a ação, será transcrita, mediante mandado, no registro de imóveis, satisfeitas as obrigações fiscais.

Na usucapião a sentença não constitui direito à propriedade, esta é adquirida sobre coisa alheia por meio da posse com *animus domini* e do atendimento das demais condições legais quanto ao seu tempo e ao uso do imóvel. Ela apenas declara o direito pré-existente, constituído no instante em que o prescribente reuniu a totalidade dos requisitos legais para a usucapião. Assim, a sentença não se constitui em constitutivo de direito, mesmo porque não há direito constituído a favor do prescribente, como claramente constante do artigo 1.241 do Código Civil. Transcrevemos:

Art. 1.241. Poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade do imóvel.

Parágrafo único. A declaração obtida na forma deste artigo constituirá título hábil para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Oportuna e conveniente a leitura conjunta do artigo 945 do Código de Processo Civil com o artigo 1.241 do Código Civil.

A sentença judicial declara a aquisição da propriedade já havida, configurada com o assenhoreamento de seus requisitos, ou seja, conserva a natureza declaratória. Todavia, diverso o entendimento de Silvio Rodrigues¹¹⁴ ao negar o conteúdo meramente declaratório da sentença em processo de usucapião e afirmar seu caráter constitutivo, sob argumento de que só se reconhece a existência da propriedade com a sentença que a reconhece e não que a declara como se a aquisição a ela limitada não se desse com o exercício da posse nas condições e tempo legal. De outro lado, Caio Mário da Silva

¹¹⁴ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Saraiva: São Paulo, 2006 vol. 5, 28ª ed., p. 113.

Pereira¹¹⁵ faz leve crítica à discussão acerca de ser a sentença declaratória ou constitutiva, dando por bizantina a questão.

A sentença declaratória da aquisição do domínio pela usucapião constitui título que deverá ser levado ao registro imobiliário, razão pela qual Antônio Cláudio da Costa Machado acresce à sua natureza declaratória algum efeito constitutivo, como que a permeá-la. Diz este autor:

A sentença que julga procedente o pedido de usucapião nada mais faz do que declarar que o autor adquiriu o domínio (não a propriedade, que depende de registro) como decorrência da posse do imóvel por certo tempo. É por isso que o caput do art. 941 deixa claro que a natureza da ação de usucapião, qualquer que seja o seu fundamento, é meramente declaratória, mas não se pode olvidar que um certo efeito constitutivo também é produzido pelo fato de a sentença de procedência ser título hábil à transferência da propriedade.¹¹⁶

Da sentença devem constar os dados que dela deverão ser extraídos para compor o mandado de inegável conteúdo executório com o qual se dará origem a nova matrícula e o respectivo registro em atendimento ao disposto no artigo 1.241, parágrafo único do Código Civil e artigo 266 da Lei de Registros Públicos. Daí a já apontada importância da perfeita elaboração técnica da planta a ser apresentada com o respectivo memorial quando dão ajuizamento da petição inicial, da necessidade de oferecimento das respectivas certidões de registros, se existentes, e da prova pericial.

A sentença de procedência da usucapião encerra a declaração da aquisição de domínio, título de oponibilidade *erga omnes*, passível de acesso ao registro imobiliário ao qual cabe a proceder à outorga do *jus disponendi*¹¹⁷. José Carlos de Moraes Salles afirma reiteradamente a oponibilidade *erga omnes* da sentença de usucapião¹¹⁸. A isso terá de alguma forma relação com seus efeitos retroativos.

¹¹⁵PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Forense, 19ª ed., 2006, vol. 4, p. 147.

¹¹⁶MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado e Anotado**. Barueri: Manole. 2ª ed., 2008, p. 1518.

¹¹⁷MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Saraiva: São Paulo, 2003, vols 3 e 6, 39ª ed. n. 41, p. 133.

¹¹⁸SALLES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de Bens Imóveis e Móveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 6ª ed., 2ª tiragem, 2006, p. 258.

Todo esse sentido declaratório guarda intimidade com a retroatividade da aquisição a ponto de garantir a validade de todos os atos anteriores praticados pelo possuidor, a ponto de que o possuidor de má-fé não estará obrigado a sequer restituir os frutos da coisa e, por fim, a decadência de todos os atos praticados pelo proprietário da coisa no decurso da usucapião, asseverando o momento de aquisição da propriedade como aquele em que atendidos aos seus requisitos¹¹⁹.

A sentença que tenha decidido o mérito da ação faz coisa julgada formal e material. A coisa julgada formal se constitui na sua estabilidade interna ao processo enquanto não mais sujeita a recurso e a coisa julgada material, nos termos do contido no artigo 467 do Código de Processo Civil, diz da eficácia que a torna imutável e indiscutível fora do processo. Os limites subjetivos da coisa julgada, que limitam os efeitos da sentença às partes, e os seus limites objetivos, que os limitam às questões discutidas estão nos artigos 472 e 468 respectivamente, ambos do Código de Processo Civil. A respeito, são esclarecedoras as palavras de José Carlos de Moraes Salles¹²⁰:

Destarte, a sentença que julga extinto o processo de usucapião sem julgamento do mérito, não produz coisa julgada material, de sorte que, em ocasião futura, supridas as falhas que deram origem à extinção do processo anterior, não estará vedado ao autor o acesso à via judicial para intentar nova ação, desde que outros elementos em seu poder possam comprovar posse capaz de levar à usucapião.

Por outro lado, julgada improcedente a ação de usucapião por não ter o autor provado a ocorrência de tempo suficiente para gerar a usucapião, nada impedirá que, no futuro, completado aquele tempo (e reunidos os demais requisitos legais), intente ele nova ação da mesma natureza, porquanto o fato temporal terá sofrido modificação e a causa petendi será outra, não se verificando identidade dessa última demanda com a primeira(...)

Em suma, a sentença exarada na primeira ação produziu coisa julgada, porém nos limites da lide e das questões na mesma decididas, limites e questões que são bem diversos na segunda demanda.

Os efeitos da sentença de usucapião têm em seu início uma questão tormentosa¹²¹, principalmente face aos seus reflexos no mundo jurídico

¹¹⁹ GOMES, Orlando. Direitos Reais. Forense, Rio de Janeiro, 2004.

¹²⁰ SALLES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de Bens Imóveis e Móveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 6ª ed., 2ª tiragem, 2006, p. 257 e 258.

¹²¹ SALLES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de Bens Imóveis e Móveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 6ª ed., 2ª tiragem, 2006, p. 259.

e à necessidade de proteger eventuais interesses de terceiros como nos casos de transmissões, do casamento, da comunicabilidade de bens, dos frutos e de outros tantos. Predomina, no entanto, o entendimento de que seus efeitos têm início retroativo ao início da posse, ou seja, opera-se *ex tunc*, sem o que estariam efetivamente limitados. Mesmo com os debates estabelecidos a respeito, o legislador brasileiro permaneceu inerte quanto a retroação ou não dos efeitos da sentença de usucapião. A respeito, apontamos as incisivas palavras de José Carlos de Moraes Salles¹²²:

Lamentável, portanto, que o legislador do Código Civil brasileiro de 2002 tenha perdido a oportunidade de disciplinar definitivamente o grave problema, pois o atual Código também não traz nenhum dispositivo a respeito da momentosa questão.

No processo da usucapião incidirá o tratamento recursal ordinário, cabendo agravo das decisões interlocutórias e apelação da sentença, com ulteriores recursos, atendidas as suas exigências quanto a matéria decisória recorrida e ao tempo transcorrido.

Do exaurimento das oportunidades recursais *in albis* ou por seu uso ocorre o trânsito em julgado, tornando a decisão definitiva.

Transitada a sentença em julgado não se dirá de execução, conquanto meramente declaratória, não condenatória, pelo que não terá fase executória propriamente dita. Como consequência da sentença será expedido mandado para registro, sem que este seja forma de execução. Limita-se a consequência da ação, a mero encaminhamento. Esse mandado, como não poderia deixar de ser e como todo mandado tem conteúdo próprio, mandamental, em que pese ter sido a sentença meramente declaratória, ou seja, não constitutiva e nem mesmo mandamental. Trata-se de um mandado de conteúdo meramente formal, sem caráter propriamente de mando e muito menos executório, já que a natureza da sentença não lhe daria qualquer dessas qualidades. Na verdade tem um conteúdo de envio da autoridade judicial para o serviço registral, este de natureza administrativa, para realização e concretização da finalidade da ação. Não se vislumbra a presença do Oficial

¹²² SALLES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de Bens Imóveis e Móveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 6ª ed., 2ª tiragem, 2006, p. 261.

de Registro no feito, nem mesmo que nele tenha qualquer conotação de parte; o que há é apenas uma relação administrativa entre o juízo e o registro, cabendo a este dar recebimento ao título judicial, qualificá-lo para fins próprios e proceder ao respectivo lançamento no fôlio real.

A respeito dos mandados judiciais encontramos os seguintes esclarecimentos de Walter Ceneviva¹²³, aqui trazidos pela pertinência:

Mandado é ordem judicial cumprida por oficial de justiça. A competência do juiz, para expedir a ordem, é determinada em lei.

Observe-se que da sentença de usucapião não cabem embargos à execução¹²⁴, simplesmente por não ter conteúdo que permita procedimento executório. Como sentença meramente declaratória não admite execução, esta própria às ações condenatórias, e na sua falta não há lugar para os respectivos embargos.

Sobre a sentença de usucapião resta verificar o atendimento da previsão do artigo 945 do Código de Processo Civil. Transcrevemos:

Art. 945. A sentença, que julgar procedente a ação, será transcrita, mediante mandado, no registro de imóveis, satisfeitas as obrigações fiscais.

O artigo aponta a duas questões, uma de que a sentença de usucapião destina-se ao registro imobiliário por meio de mandado específico para registro, no que coerente com o previsto no artigo 226 da Lei de registros Públicos e de que, havendo incidência de alguma obrigação fiscal deve ela ser satisfeita antes do registro, no que paralela à obrigação acessória fiscalizadora do Oficial de Registro anotada no artigo 289 do mesmo diploma e artigos 30 e 31 da Lei de Notários e Registradores. Todavia, pesa sobre a incidência de Imposto de Transmissão Inter Vivos uma grande questão concernente à natureza originária da aquisição por usucapião, excludente da possibilidade de se apontar a transmissão. Qualquer dúvida a respeito deve ser prontamente

¹²³ CENEVIVA, Walter. **Lei dos Registros Públicos Comentada**. São Paulo: Saraiva, 2008, 18ª ed., p.506.

¹²⁴ RT 487/68.

solucionada na sentença para que possa gerar efeitos junto ao registro de imóveis.

A discussão sobre a incidência ou não do Imposto de Transmissão Inter Vivos na aquisição por usucapião é antiga, mas entendemos que inteiramente pacificada quanto a não incidência. A respeito, colacionamos palavras de José Carlos de Moraes Salles¹²⁵:

Ao tempo da Constituição Federal anterior, alguns Estados, entendendo que a usucapião importava em transmissão inter vivos de bem imóvel, editaram leis considerando a prescrição aquisitiva como fato gerador do referido tributo.

Todavia, como deixamos evidenciado ... , a usucapião é modo originário e não derivado de aquisição da propriedade, porque brota como direito novo, independentemente de qualquer vinculação do usucapiente com o proprietário anterior, o qual, se existir, não será o transmitente do bem. Esclarecemos também que não há transmissão, por interposta pessoa, na aquisição originária. A aquisição é direta, fazendo o adquirente seu o bem apropriado, sem que este lhe seja transmitido por outrem (RTJ 200/170), como, por exemplo, ocorre com a ocupação, a especificação, a especialização, a acessão e a desapropriação.

3.6 – Procedimentos Registrais

A tradição registral imobiliária tem, à vista da doutrina, atribuído ao registro imobiliário duas funções. A primeira de cadastro da propriedade imobiliária, esta, seu foco principal, através do qual ministra a prova do estado de cada imóvel, incluindo suas mutações e a constituição de ônus. A segunda de publicidade dos contratos a ela relativos permitindo seu conhecimento permitindo que o domínio obrigue a todos e possa a todos ser oposto.

O sistema registral imobiliário como vigora entre nós acolhe registros declarativos e constitutivos, como se vê do artigo 172 da Lei de Registros Públicos, num misto entre o que adotado na França e o que adotado na Alemanha¹²⁶. Assim, à vista do contido nos artigos 1.227 e 1.245 do atual

¹²⁵ SALLES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de Bens Imóveis e Móveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 6ª ed., 2ª tiragem, 2006, p. 268.

¹²⁶ CENEVIVA, Walter. **Lei dos Registros Públicos Comentada**. São Paulo: Saraiva, 2008, 18ª ed., p. 357.

Código Civil a aquisição da propriedade por atos entre vivos acontece quando do registro que assume um conteúdo constitutivo. Já os lançamentos relativos a aquisição por direito hereditário possuem conteúdo meramente declaratório conquanto havida com o óbito, como também aqueles que referentes à hipoteca censual, convenções de condomínio, penhor de máquinas e aparelhos industriais, pactos antenupciais, contratos de penhor rural e outros. A transcrição do preceito da Lei de Registros Públicos calha à fiveleta:

Art. 172. No Registro de Imóveis serão feitos, nos termos desta Lei, o registro e a averbação dos títulos ou atos constitutivos ou declaratórios, translativos e extintivos de direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei, inter vivos ou mortis causa, quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para sua disponibilidade.

A respeito dos direitos reais, seus títulos e sua destinação a registro, Ceneviva¹²⁷ nos oferece palavras esclarecedoras:

Nem todos os direitos reais carecem do registro para sua constituição, transferência ou extinção. A validade em relação a terceiros e a garantia de disponibilidade sempre dependem do assentamento na repartição imobiliária. São exemplos da primeira espécie o domínio da herança, o decorrente do usucapião e o da divisão. Mesmo estes, entretanto, são obrigatoriamente registrados, para observar o princípio fundamental do sistema, que é o da continuidade do registro.

Não nos acanharíamos em ali acrescer que também obrigatoriamente registrados para observar ao princípio igualmente fundamental da publicidade, de uma publicidade igualitária, não isolada, restrita à publicidade dos atos judiciais dos quais originados esses títulos.

Após o trânsito em julgado da sentença de usucapião, expedido o mandado para registro que a instrumentaliza, este substituível por certidão ou ofício, após o trânsito em julgado da sentença na ação de usucapião, tem-se um título de origem judicial destinado ao registro. Esta substituibilidade, a qual Benedito Silvério Ribeiro¹²⁸ se opõe, decorre do fato de que relevante o conteúdo, aí incluída a origem, e não a forma, muito menos o nome com o qual

¹²⁷ CENEVIVA, Walter. **Lei dos Registros Públicos Comentada**. São Paulo: Saraiva, 2008, 18ª ed., p. 388.

¹²⁸ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. São Paulo: Saraiva, 2007. 5ª ed., vol. 2, p.1466.

venha o título judicial rotulado, de modo a permitir a simplificação e economia de procedimentos no Judiciário. Deve ele ser apresentado à serventia imobiliária para os procedimentos peculiares ao registro. Esta apresentação pode fazer-se mediante entrega por Oficial de Justiça, por remessa postal, pela própria parte interessada, pessoalmente ou por meio de terceiros. Note-se que o título é destinado ao registro independentemente de sua origem e, por isso, é ali protocolado, independentemente de origem judicial, extrajudicial, ou simplesmente particular; todavia o objeto do registro é o imóvel nele identificado.

Maria Helena Diniz¹²⁹ assim esclarece o significado do registro da usucapião:

Tal registro não será necessário para que haja a aquisição do domínio do imóvel usucapido, visto que esta já se operou pelo preenchimento dos requisitos legais; a sentença do magistrado apenas declara esse fato. O registro da sentença tão-somente dará publicidade àquele fato, permitindo a disponibilidade do imóvel, e, com isso, os atos de disposição subseqüentes poderão ser admitidos a registro ao se abrir matrícula para assento dessa sentença.

É da Lei de Registros Públicos:

Art. 174. O Livro n. 1 – Protocolo – servirá para apontamento de todos os títulos apresentados diariamente, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 12 desta Lei.

Art. 182. Todos os títulos tomarão, no Protocolo, o número de ordem que lhes competir em razão da seqüência rigorosa de sua apresentação.

Independentemente da forma como tenha sido o mandado apresentado na serventia, respeitada a circunscrição territorial do respectivo oficial de Registro, deverá ser protocolado por meio de lançamento no Livro n. 1 e encaminhado para qualificação registral onde, se não havido o depósito prévio do valor relativo aos emolumentos poderá ser objeto de recusa de registro com expedição da respectiva Nota de Devolução.

¹²⁹ DINIZ, Maria Helena. **Sistemas de Registros de Imóveis**. São Paulo: Saraiva, 2000, 3ª ed, p. 80.

O mandado será qualificado pelo Oficial de Registro com saber e prudência, atividade esta de máxima relevância no sistema, que verificará o atendimento de todas as condições formais e necessidades registrais, como instrumento voltado ao aperfeiçoamento do domínio em sua integralidade e com a publicidade própria e para fins de disponibilidade. No caso particular dos títulos de origem judicial necessário apontar ao fato de que não são sujeitos a qualquer verificação de conteúdo decisório propriamente, mas sim a uma verificação administrativa de natureza registral e em atendimento ao Princípio da Legalidade¹³⁰. À vista de qualquer pendência dessa natureza de modo a configurar exigência a ser satisfeita ela será formulada por escrito, comumente denominada Nota de Devolução. Desta resultará satisfação, desistência do registro ou requerimento de suscitação de dúvida – artigo 198.

Apresentado o mandado juntamente com o depósito prévio dos emolumentos ou feito este a posteriori, o título judicial seguirá para qualificação como todos os demais títulos. Nessa oportunidade será verificada a admissibilidade a registro nos termos do artigo 221, enquadrando-se o mandado para registro de usucapião na hipótese do inciso IV.

A qualificação de títulos judiciais como o mandado para registro expedido nos autos da Ação de Usucapião finda parece à primeira vista como algo incomum, senão mesmo estranho. Não parece normal que um detentor de alguma autoridade administrativa venha a decidir sobre documentos judicialmente expedidos. No entanto, essa qualificação é absolutamente pertinente e oportuna, nela incluída a fiscalização de eventual incidência tributária, não se tratando de qualquer verificação de conteúdo, de mérito ou própria ao decisório, mas unicamente de verificação de condições técnico formais para o registro. Ceneviva informa sobre o exame e a qualificação registral:

O título é o documento que instrumenta o direito real, apresentado ao registro imobiliário. Para fins da lei é classificável em público ou particular; nacional ou estrangeiro; judicial ou extrajudicial. Reveste certos característicos formais, a serem observados pelo

¹³⁰ SILVA Filho, Elvino. A Competência do Oficial de Registro de Imóveis. In Títulos Judiciais e o Registro de Imóveis. São Paulo: IRIB, p. 54.

serventuário antes de o registrar, sem perquirir o direito substancial envolvido.¹³¹

A própria Lei de Registros Públicos aponta a algumas necessidades registrais a serem satisfeitas pelo conteúdo dos títulos apresentados a registro, tanto no que pertine ao imóvel quanto às pessoas, inclusive dos títulos judiciais. A primeira delas é referência à matrícula ou registro anterior, exigência do artigo 222 da Lei de Registros Públicos, de modo a melhor atender ao Princípio da Continuidade e dar ordem e segurança ao cadastro imobiliário. No artigo 225 da mesma lei há uma expressa referência ao juiz e aos títulos de sua expedição, determinando o legislador que se faça constar com precisão dos autos judiciais, por iniciativa das partes, os característicos, as confrontações e as localizações dos imóveis, mencionando nome dos confrontantes e, ainda, quando se tratar só de terreno se esse fica do lado par ou do lado ímpar do logradouro em que quadra e a que distância métrica da edificação ou esquina mais próxima, exigindo dos interessados certidão do registro imobiliário. A seguir, no parágrafo 2º, é apontado como irregular o título destinado à abertura de matrícula e no qual a descrição do imóvel não coincida com a descrição constante do registro anterior. Ainda, no parágrafo 3º, é estabelecido que nos autos judiciais que versem sobre bens imóveis rurais e, por conseqüência, nos títulos deles derivados, haja a localização, os limites e confrontações obtidos a partir de memorial descritivo firmado por engenheiro e acompanhado da respectiva Anotação de Responsabilidade Técnica, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites, geo-referenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional a ser fixada pelo INCRA. Essas exigências vêm em atendimento não apenas ao interesse cadastral, mas, principalmente em atendimento ao Princípio da Especialização Objetiva.

O contido nos artigos 222 e 225 acima referidos tem sentido genérico e aplica-se a todos os títulos de origem judicial. Mas, para o caso específico do mandado judicial para registro expedido em razão de Ação de usucapião há expressa e específica previsão no artigo 226 em cumprimento

¹³¹ CENEVIVA, Walter. **Lei dos Registros Públicos Comentada**. São Paulo: Saraiva, 2008, 18ª ed., p. 501.

ao disposto no artigo 945 do Código de Processo Civil. Transcrevemos da Lei de Registros Públicos:

Art. 226. Tratando-se de usucapião, os requisitos da matrícula devem constar do mandado judicial.

O artigo 226 da lei de Registros Públicos não descarta a aplicação genérica dos artigos 222 e 225, mas as torna subsidiárias. Tanto a determinação deste preceito quanto a subsidiariedade do contido no que lhe é anterior apontam ao caráter originário da aquisição por usucapião que se reflete na atividade registral de maneira especialmente clara. Assim, deverá conter a sentença e conseqüentemente o respectivo mandado para registro todos os requisitos da matrícula, independentemente de sua coincidência para com o registro anterior, se existente, mesmo porque poderá até então não existir. Trata-se de um caso de não aplicação do Princípio da Continuidade, mesmo porque a forma de aquisição originária não lhe seria condizente, ainda que haja registro anterior.

Transcrevemos as palavras de Ceneviva¹³²:

A LRP adere ao conhecimento da aquisição originária, pelo usucapião. Daí ser obrigatória a descrição, que o serventuário observará preferentemente. A própria sentença é objeto do registro, mediante mandado, satisfeitas as obrigações fiscais.

Os requisitos da matrícula a que se refere o artigo 226 estão elencados no inciso II, n. 3, 4 e 5 do artigo 176 da mesma Lei de Registros Públicos. Transcrevemos:

Art. 176. O Livro n. 2 – Registro Geral – será destinado à matrícula dos imóveis e ao registro ou averbação dos atos relacionados no art. 167 e não atribuídos ao Livro n. 3.

§ 1º A escrituração do Livro n. 2 obedecerá às seguintes normas:

I – cada imóvel terá matrícula própria, que será aberta por ocasião do primeiro registro a ser feito na vigência desta Lei;

II – são requisitos da matrícula:

- 1) o número de ordem, que seguirá ao infinito;
- 2) a data;

¹³² CENEVIVA, Walter. **Lei dos Registros Públicos Comentada**. São Paulo: Saraiva, 2008, 18ª ed., p. 513.

- 3) a identificação do imóvel, que será feita com indicação:
 - a) se rural, do código do imóvel, dos dados constantes do CCIR, da denominação e de suas características, confrontações, localização e área;
 - b) se urbano, de suas características e confrontações, localização, área, logradouro, número e de sua designação cadastral, se houver;
- 4) o nome, domicílio e nacionalidade do proprietário, bem como:
 - a) tratando-se de pessoa física, o estado civil, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas do Ministério da Fazenda ou do Registro Geral da cédula de identidade, ou, à falta deste, sua filiação;
 - b) tratando-se de pessoa jurídica, a sede social e o número de inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda;
- 5) o número do registro anterior;

As exigências para matrícula devem estar inteiramente atendidas no mandado para registro da usucapião, tanto no que relativo ao imóvel quanto no que próprio às pessoas, de maneira a permitir sua abertura e perfeito atendimento ao Princípio da Especialidade Objetiva e Subjetiva, com todas as cautelas e máxima segurança. Ceneviva é muito claro quanto á necessidade do atendimento de todos os requisitos para abertura da matrícula. Gizamos:

Sendo a matrícula o cerne do sistema do registro predial brasileiro, este só será realizado à plenitude com o perfeito atendimento dos requisitos impostos quanto a ela.¹³³

Atendidos todos os requisitos quando da apresentação ou quando do atendimento de exigência anteriormente formulada, procede-se à abertura da matrícula do imóvel usucapiendo em atendimento ao caráter originário da aquisição e do prescrito no inciso I do parágrafo primeiro do artigo 176 da Lei de Registros Públicos, segundo o qual cada imóvel terá sua própria matrícula, aberta por ocasião do primeiro registro, de modo a estabelecer respeitosa relação entre o imóvel e a matrícula e a bem individuá-lo no acervo cadastral. No caso de haver matrícula anterior do mesmo imóvel deve-se nela lançar averbação de encerramento com referência à nova matrícula, se referente ao todo do imóvel, ou averbação de destaque da parte que tenha sido usucapida.

¹³³CENEVIVA, Walter. **Lei dos Registros Públicos Comentada**. São Paulo: Saraiva, 2008, 18ª ed., p. 397.

Estes lançamentos têm finalidade de dar ordem e segurança, de fazer espelhar na matrícula a realidade do imóvel. Eles terão o condão de evitar que alguma matrícula fique indevidamente em aberto e a permitir algum indevido registro posterior, ou que mantenha disponível algum imóvel em sua configuração anterior à usucapião de parte dele.

Em que pese ser usucapião forma de aquisição originária e dar origem a nova matrícula sem que atendido o Princípio da Continuidade, oportuna uma referência capaz de permitir sequenciar lançamentos. A seguir são realizados os lançamentos em indicador real e pessoal previstos nos artigos 179 e 180 da Lei de Registros Públicos.

É Benedito Silvério Ribeiro¹³⁴ quem nos oferece palavras muito oportunas, a reiterar observações já feitas, mas que encerram meridianamente o procedimento registral:

O registro da sentença de usucapião, uma vez feito, dará publicidade à propriedade, regularizando-a registrariamente e dando ao domínio validade erga omnes, possibilitando a disponibilidade- jus disponendi – do imóvel usucapido.

CONCLUSÃO

Diante do tema, como exposto, possível concluir que, no sentido das proposições introdutórias, o trato constitucional da propriedade privada tem um forte e nítido sentido garantidor que se expande nas previsões acerca de sua função social. Este tratamento constitucional não se faz isoladamente, mas atende a uma longa evolução ideológica. Indubitável que a adoção de conceitos de propriedade privada enquanto direito fundamental e de sua função social com significativos reflexos sobre a utilização econômica e seu papel social, sua perda e aquisição, atendem aos mais contemporâneos conceitos e

¹³⁴ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. São Paulo: Saraiva, 2007. 5ª ed., vol. 2, p. 1473.

nos dá clara concepção de atualização normativa diante de necessidades e expectativas do corpo social. A propriedade privada como mero direito fundamental, solidamente estabelecido, apenas e unicamente por si mesma, nos levaria às prováveis situações de instabilidade e insegurança sociais, decorrentes do paradoxo estabelecido entre o arcabouço normativo e as necessidades sociais. A previsão de mecanismos de atendimento e favorecimento de sua função social garante de maneira forte e atualizada, excluindo hipóteses de instabilidade e insegurança sociais.

A previsão da Constituição Federal de 1988 manteve coerência com a longa evolução e universal dos direitos fundamentais e das garantias constitucionais não se fazendo como mera e isolada opção política. Pode-se dizer que verdadeira opção histórica.

Um instrumento utilizado pelo constituinte ao lado da adoção do conceito de função social da propriedade privada foi o velho instituto da usucapião. Não se pode afirmar que o único conquanto tenha aberto oportunidade ao uso de alguns outros a seguir tratados, como se vê no Estatuto da Cidade. Mas a utilização da usucapião veio a ter grande significado com a constitucionalização iniciada com a Carta de 1934 e com sua posterior ampliação na ordem constitucional.

A relação da propriedade privada enquanto direito fundamental e de sua garantia com o papel dado a sua função social guardam nítida, profunda e uma utilitária relação com o velho instituto da usucapião. Neste, novos aspectos minimizados requisitos e, em especial, a evolução da usucapião rural pro-labore para a usucapião urbana destinada à moradia, tornaram-se relevantes. Se, de um lado, a usucapião rural pro-labore deixa a desejar quanto a sua aplicação face ao marcante processo de urbanização e industrialização do país, de outro, a usucapião urbana para moradia cresce em importância, mormente no que respeita a dignidade da pessoa humana a merecer todas as iniciativas legais no sentido do seu alcance, com critérios estáveis e seguros.

Garantir a propriedade privada como direito fundamental asseverando-lhe a função social e permitindo alterações de titularidade a partir da posse, do trabalho e da moradia, não se constitui em contradição, mas em contribuição para o alcance efetivo da estabilidade e segurança sociais, sem o que se tornaria vaga e fluida.

A utilização do instituto da usucapião nos seus moldes históricos implicou mudanças e aperfeiçoamentos significativos, ao que exemplar a já mencionada usucapião urbana para moradia. A utilização de procedimentos judiciais igualmente conduzidos pela tradição jurídica não afastou a implantação de alterações valiosas, de grande sentido prático, que bem poderiam levar a uma uniformização dentro de procedimentos ainda mais céleres e simplificados que serviriam ao fortalecimento ainda maior do instituto pela efetiva utilização. Faz-se evidentemente necessária uma revisão dos procedimentos judiciais adotados segundo diferentes modalidades da usucapião, por certo, em abandono ao procedimento ordinário e em favor do procedimento sumário como único à ação.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Breves anotações para uma Teoria Geral dos Direitos Reais**. In CAHALI Yussef Said. Posse e Propriedade. São Paulo: Saraiva. 1987.

BATISTA, Antenor. **Posse, Possessória, Usucapião e Ação Rescisória**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2004, 2ª ed.

BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. In: MUKAI, Toshio. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 525.

BUENO, Silveira. **Grande Dicionário Etimológico-Prosódico da Língua Portuguesa**. São Paulo: Editora Brasília. 1967, vol. 8.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 5ª ed 1991. pg 529.

Carta Encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII sobre a condição dos operários. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html>. Acesso em 19 jan. 2009.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos Registros Públicos Comentada**. São Paulo: Saraiva, 2008, 18ª ed.

COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira. **A Constitucionalização do direito de Propriedade Privada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio. **Código de Processo Civil Interpretado e Anotado**. Barueri: Manole. 2ª ed., 2008.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. 9ª ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1957. vol. 1.

DILVANIR, José da. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, 36 n. 144 out./dez.1999.

DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Sistemas de Registros de Imóveis**. São Paulo: Saraiva, 2000.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada, e a imagem versus a liberdade de expressão**. Fabris, 3ª ed., 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**, Curitiba: Editora Positivo, 2004, 3ª ed.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 7.^a ed. Saraiva, 2006, p.270.

GODINHO, André Osório. **Função Social da Propriedade**. In: Tepedino, Gustavo (coord.). *Problemas de Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Forense, Rio de Janeiro, 2004.

HARIOU, Maurice. ***Derecho Público Y Constitucional***, trad. de Carlos Ruiz del Castillo. Madrid: Réus, 2^a ed.

MATTOS, Liana Portilho. **A efetividade da função social da propriedade urbana à luz do Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, tomo IV, 3^a ed, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Saraiva: São Paulo, 2003, vols 3 e 6, 39^a ed.

MUKAI, Toshio. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Lourival Gonçalves de. **Comentários às Súmulas do Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1998, 3^o vol.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2^a ed., 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Forense, 19^a ed., 2006, vol. 4.

PERÈZ, Antonio Henrique Luño. ***Los derechos fundamentales***. Madrid: Tecnos. 1998.

PÉREZ; Antonio Henrique Luño. ***Los derechos humanos, significación, estatuto jurídico y sistema***. Sevilha, *Publicaciones de la Universidad de Sevilla*, 1979.

REALE, Miguel. **Nova fase do Direito Moderno**. São Paulo: Saraiva, 2^a ed, 1998.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. São Paulo: Saraiva, 2007. 5^a ed. vol I e II.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Saraiva: São Paulo, 2006, vol. 5, 28^a ed.

SALLES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de Bens Imóveis e Móveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 6^a ed., 2^a tiragem, 2006.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 4^a.ed, v. 6.

SILVA Filho, Elvino. **A Competência do Oficial de Registro de Imóveis**. In **Títulos Judiciais e o Registro de Imóveis**. São Paulo: IRIB.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo, Malheiros Editores, 19^a ed., 2001.

SOARES, Ronnie Herbert Barros. **Usucapião Especial Urbana Individual**. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2007, vol. 5, 7^a ed.