

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

PROPRIEDADE ILÍCITA: *jus puniendi* e a prescrição aquisitiva

FABIANO OLDONI

Itajaí (SC), julho de 2010.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

PROPRIEDADE ILÍCITA: *jus puniendi* e a prescrição aquisitiva

FABIANO OLDONI

Dissertação submetida ao Programa de
Mestrado em Ciência Jurídica da
Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à
obtenção do Título de Mestre em
Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Álvaro Borges de Oliveira

Itajaí (SC), julho de 2010.

AGRADECIMENTO

Meus pais Leonora e Aquiles (em memória) pela
formação moral.

Mayara Cristina, esposa, amiga, incentivadora.

Luiz Amazonas, Manoel Roberto e Facchini por
terem acreditado em mim e me apoiado.

A todos vocês meus agradecimentos e a certeza
de que foram, também, responsáveis por este
momento.

DEDICATÓRIA

Apesar da infância, dedico este trabalho aos meus filhos Caetano Emanuel (5 anos) e Maitê (1 ano e 4 meses), que um dia poderão avaliá-lo.

Dedico, também, para você Mayara, sem a qual não poderia me estender em horas de estudo para a conclusão deste curso.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí, julho de 2010.

Fabiano Oldoni

Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

**SERÁ ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PROGRAMA DE MESTRADO EM
CIÊNCIA JURÍDICA DA UNIVALI APÓS A DEFESA EM BANCA.**

SUMÁRIO

RESUMO.....	VII
RESUMEN.....	VIII
INTRODUÇÃO.....	2
CAPÍTULO 1.....	7
A LÓGICA(?) DO DIREITO DE PUNIR.....	7
1.1 INTRODUÇÃO.....	7
1.2 A LÓGICA A PARTIR DO SUJEITO.....	10
1.3 A LÓGICA TEÓRICA.....	24
1.4 O ACESSO À JUSTIÇA E O DIREITO PENAL.....	28
CAPÍTULO 2.....	35
DIREITO REAL.....	35
2.1 INTRODUÇÃO.....	35
2.2 PRINCÍPIO DA PROPRIEDADE.....	39
2.2.1 Trilogia Obrigacional da Propriedade.....	42
2.3 POSSE.....	46
2.3.1 Teorias Possessórias.....	46
2.3.2 Natureza Jurídica da Posse.....	51
2.3.3 Efeitos da Posse.....	53
2.4 PRESCRIÇÃO.....	55
CAPÍTULO 3.....	58
PRESCRIÇÃO AQUISITIVA E PROPRIEDADE ILÍCITA.....	58
3.1 PRESCRIÇÃO AQUISITIVA.....	58
3.1.1 Causas que Suspendem e Interrompem a Prescrição.....	58
3.2 ESPÉCIES DE USUCAPIÃO.....	59
3.3 PRESCRIÇÃO AQUISITIVA DA PROPRIEDADE ILÍCITA.....	64
3.3.1 Prescrição Aquisitiva em Favor do Autor do Delito.....	67
3.3.2 Prescrição Aquisitiva em Favor do Terceiro de Boa-Fé.....	73
3.3.3 Os Efeitos da Sentença Penal Condenatória e a Aquisição por Meios Ilícitos.....	76
3.3.4 A Busca e Apreensão e a Aquisição por Meios Ilícitos.....	80
3.4 O NÃO EXERCÍCIO DO ACESSO À JUSTIÇA E A USUCAPIÃO.....	81
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	84
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	89

RESUMO¹

Esta dissertação tem por **objeto** a propriedade ilícita e a análise do *jus puniendi* e a prescrição aquisitiva. Insere-se a presente pesquisa na Área de Concentração Fundamentos do Direito Positivo e na Linha de Pesquisa Hermenêutica e Principiologia Constitucional, conforme o Programa de Mestrado em Ciência Jurídica. Tratou-se, no **Capítulo Primeiro**, da lógica do direito de punir, analisando-se a lógica a partir do sujeito e a lógica teórica, onde se verificou a evolução do *jus puniendi* paralelo à evolução do Estado, numa demonstração de que o sistema repressivo penal está diretamente ligado à ideologia do Estado. No **Capítulo Segundo** foi objeto de estudo o direito real, com privilégio para a propriedade, seus limites, restrições, função social e inserção social. Também se estudou a posse e suas teorias, natureza jurídica e efeitos. No **Capítulo Terceiro** foi analisado, inicialmente, a aquisição da propriedade, dando ênfase ao instituto da usucapião. Posteriormente buscou-se avaliar a possibilidade de se usucapir (pelo autor do delito e pelo terceiro de boa-fé) bens adquiridos ilicitamente. Também foram analisados os efeitos da sentença penal condenatória na prescrição aquisitiva e a busca e apreensão como instrumento capaz de interromper o prazo para fins de usucapião. As **Considerações Finais** trazem em seu bojo as respostas às hipóteses levantadas, demonstrando a importância do tema proposto e de futuros trabalhos, tendo em vista a ausência de um entendimento pacífico a respeito do problema formulado.

¹ A partir do resumo elaborou-se versão para o “abstract” exigido costumeiramente pelas revistas científicas em língua estrangeira [conceituado, segundo Pasold como “sintético resumo do conteúdo em inglês ou outro idioma que não o Português”] PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 8 ed. rev. Florianópolis: OAB/SC Editora - co-edição OAB Editora, 2003. p. 192.

RESUMEN²

Esta disertación tiene por **objeto** la propiedad ilícita y el análisis del *jus puniendi* y la prescripción de la adquisición. El presente estudio se inserta en el Área de Concentración Fundamentos del Derecho Positivo y en la Línea de Investigación Hermenéutica y Principiología Constitucional, conforme el Programa de Maestría en Ciencia Jurídica. Se trató, en el **Capítulo Primero**, de la lógica a partir del derecho de punir, analizándose la lógica a partir del sujeto y la lógica teórica, donde se constató el progreso del *jus puniendi* simultáneo a la evolución del Estado, en una demostración de que el sistema de la represión penal está directamente vinculado a la ideología del Estado. En el **Capítulo Segundo** fue objeto de estudio el derecho real, con privilegio de la propiedad, sus límites, restricciones, función social e inserción social. También se estudió la posesión y sus teorías, naturaleza jurídica y efectos. En el **Capítulo Tercero** fue analizada, inicialmente, la adquisición de la propiedad, dando énfasis al instituto de usucapión. Posteriormente se intentó evaluar la posibilidad de poseer el derecho de dominio (por el autor del delito y por el tercero de buena fe) de los bienes adquiridos ilícitamente. También fueron analizados los efectos de la sentencia penal condenatoria en la prescripción de la adquisición y la búsqueda y aprehensión como instrumento capaz de interrumpir el plazo para fines de usucapión. Las **Consideraciones Finales** traen las respuestas a las hipótesis levantadas, demostrando la importancia del tema propuesto y de futuros trabajos, teniendo en cuenta la ausencia de un entendimiento pacífico respecto del problema formulado.

² A versão elaborada em espanhol teve fundamental contribuição de Evelise Daiane Oldoni, que a revisou, a quem registro os meus agradecimentos.

INTRODUÇÃO

A presente Dissertação³ tem como **objeto**⁴ a propriedade ilícita e a análise do *jus puniendi* e a prescrição aquisitiva.

O **objetivo institucional**⁵ é a obtenção do Título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica- CPCJ/UNIVALI, enquanto que o **objetivo geral**⁶ é discutir se a prescrição aquisitiva alcança a propriedade adquirida por meios ilícitos. Os **objetivos específicos**⁷ serão distribuídos por capítulos da seguinte forma: primeiro capítulo: identificar a lógica do direito de punir; segundo capítulo: descrever o direito real; terceiro capítulo: analisar a prescrição aquisitiva em função da aquisição ilícita da propriedade.

Inicialmente deve ser esclarecido que o título Propriedade Ilícita deve ser lido como a aquisição ilícita da propriedade. Ao tempo em que a aquisição ilícita da propriedade autoriza a punição do autor do crime, através do *jus puniendi*, também faz nascer a este “infrator” ou ao terceiro de boa-fé o direito em adquirir a propriedade do bem por meio da usucapião.

³ “[...] é o produto científico com o qual se conclui o Curso de Pós-Graduação *Stricto sensu* no nível de Mestrado”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 8 ed. rev. Florianópolis: OAB/SC Editora - co-edição OAB Editora, 2003. p. 170.

⁴ “[...] é o motivo temático (ou a causa cognitiva, vale dizer, o conhecimento que se deseja suprir e/ou aprofundar) determinador da realização da investigação”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 8 ed. rev. Florianópolis: OAB/SC Editora - co-edição OAB Editora, 2003. p. 170.

⁵ PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 8 ed. rev. Florianópolis: OAB/SC Editora - co-edição OAB Editora, 2003. p. 161.

⁶ “[...] meta que se deseja alcançar como desiderato da investigação”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 8 ed. rev. Florianópolis: OAB/SC Editora - co-edição OAB Editora, 2003. p. 162.

⁷ PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 8 ed. rev. Florianópolis: OAB/SC Editora - co-edição OAB Editora, 2003. p. 162.

Este é o raciocínio que procura nortear todo o trabalho, o qual poderia ter sido elaborado a partir da análise dos elementos pertinentes ao ramo da ciência jurídica específica para o problema proposto. Porém, preferiu o autor avançar a dicotomia ciência/cultura, por entender que a especialização do saber compromete a amplitude do conhecimento. Para isso, procurou olhar além da disciplina posse e propriedade, não permitindo que o sistema se feche de forma reducionista, mas que haja um intercâmbio entre os ramos dos saberes, uma confluência entre vários ramos da ciência jurídica.

A complementaridade entre ciência e tradição é ponto dos mais destacados, justamente por permitir o diálogo entre os ramos do conhecimento, diálogos que jamais se repelem, antes se complementam, haja vista suas evoluções culturais (tradição) estar umbilicalmente ligadas (como é o caso da propriedade e do sistema repressivo penal, que refletem a ideologia de cada época histórica).

Segundo Edgar Morin⁸ a transdisciplinaridade objetiva gerar uma civilização que por força do diálogo intercultural se abre para a singularidade de cada um e para a inteireza do ser. E é procurando vencer este desafio que o trabalho buscou, de forma transdisciplinar, dialogar entre a lógica do poder punitivo estatal e os institutos do direito privado (precisamente posse, propriedade e usucapião), pressupondo que em se avaliando a singularidade de cada ramo, poder-se-ia aproximar-se da inteireza do objeto da pesquisa.

Assim, o trabalho não apresenta capítulos fechados em si, ou um trabalho com início, meio e fim linear. Se os capítulos segundo e terceiro possuem uma relação angusta, o primeiro, ao tempo em que se rebela por procurar identificar uma lógica sistêmica, acaba por confluir com os outros dois na inteireza do ser.

⁸ MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita**: repensar a reforma, reformar o pensamento. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000. P. 105.

Desta forma, principia-se, no **Capítulo 1**, tratando de identificar a lógica(?) do direito de punir, a qual deve ser lida a partir do sujeito que põe a norma e do sujeito destinatário da norma. Evoluiu-se neste capítulo para uma rápida análise do Estado Moderno Absoluto, do Estado Moderno Liberal, do Estado Moderno Social e do Estado Moderno e Democrático de Direito, fazendo um paralelo com os respectivos sistemas repressivos penais. Finalizando este capítulo, procurou-se indicar a lógica teórica, centrando-se na Teoria do Delito, passando-se rapidamente pelo direito ao acesso à justiça.

No **Capítulo 2**, abordou-se o direito real e a posse. Dentre os direitos reais a pesquisa privilegiou a propriedade, analisando-se seu conceito e seus caracteres, diferenciando a função social da inserção social e os limites das restrições. Quanto à posse, foi estudado as teorias possessórias, sua natureza jurídica e seus efeitos. Por fim, foram analisadas as formas de prescrição.

No **Capítulo 3**, tratando de responder as hipóteses levantadas, iniciou-se com a análise das causas que suspendem e interrompem a prescrição. Posteriormente abordou-se a aquisição da propriedade, com ênfase ao instituto da usucapião. Na sequência foi visto a possibilidade de se usucapir bens adquiridos de forma ilícita. Também foram analisados os efeitos da sentença penal condenatória na prescrição aquisitiva e a busca e apreensão como instrumento capaz de interromper o prazo para fins de usucapião. Por fim, observou-se como o não exercício ao acesso à justiça na área penal pode influenciar a prescrição aquisitiva.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as **Considerações Finais**, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a aquisição originária da propriedade por meios ilícitos.

Os problemas que se apresentam no desenvolver do trabalho consubstanciam-se nas seguintes indagações:

- a) Os bens adquiridos mediante conduta criminosa podem ser usucapidos pelo autor do crime?
- b) Os bens adquiridos mediante conduta criminosa podem ser usucapidos por terceiro de boa-fé?
- c) A sentença penal condenatória transitada em julgado, que tem como um de seus efeitos a devolução do objeto do crime à vítima, pode impedir a prescrição aquisitiva?

Para a presente Dissertação foram levantadas as seguintes hipóteses:

- a) A legislação pátria não admite a usucapião, pelo próprio autor do crime, de bens adquiridos ilicitamente;
- b) É admitida a usucapião, pelo terceiro de boa-fé, de bens adquiridos ilicitamente;
- c) A sentença penal condenatória transitada em julgado impede a aquisição originária da propriedade, haja vista ter como um de seus efeitos a devolução do objeto do crime à vítima;

Quanto à **Metodologia** empregada, registra-se que, na Fase de Investigação⁹ foi utilizado o **Método Indutivo**¹⁰, na Fase de Tratamento de Dados o **Método Cartesiano**¹¹, e o Relatório dos Resultados expresso na presente Dissertação é composto na base lógica **Indutiva**.

⁹ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido[...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007. p. 101.

¹⁰ Forma de “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 104.

¹¹ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as **Técnicas do Referente**¹², da **Categoria**¹³, do **Conceito Operacional**¹⁴ e da **Pesquisa Bibliográfica**¹⁵.

Ressalta-se que os conceitos operacionais foram apresentados em nota de rodapé em sua primeira ocorrência no desenvolver da exposição, a fim de facilitar a compreensão.

¹² “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 62.

¹³ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 31.

¹⁴ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 45.

¹⁵ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 239.

CAPÍTULO 1

A LÓGICA(?)¹⁶ DO DIREITO DE PUNIR

1.1 INTRODUÇÃO

Ao se tratar do direito de punir¹⁷ (*jus puniendi*) que o Estado chamou para si, logo se questiona acerca dos critérios utilizados para a elaboração do sistema repressivo¹⁸. Estas indagações são produzidas tanto pelos destinatários deste sistema, como pelos que buscam proteção através do sistema penal, no caso as vítimas em potencial. Importante ressaltar que os manifestos que influenciam a criação destas medidas protetivas partem quase sempre da sociedade “vitimizada”¹⁹, mas que na grande maioria não são recepcionados pelos legisladores ou quando são tem a ideia inicial modificada por interesses de grupos que detém o poder, através da seleção do destinatário da norma²⁰.

¹⁶ Para Willard von Quine “a lógica é uma ciência geral, no sentido de que as verdades lógicas se referem a objetos quaisquer” (QUINE, Willard von. **O sentido da nova lógica**. 2 ed., Curitiba: Editora da UFPR, 1996, p. 21). Maria Francisca Carneiro relaciona a lógica com o direito ao afirmar que “a lógica pode estudar o processo pelo qual as inferências são válidas ou não e assim explicitar se um raciocínio está correto ou errado. Em parte, isto se aplica ao Direito” (CARNEIRO, Maria Francisca. **O conceito de lógica e sua relação com o direito**. Revista Bonijuris, nº 558, maio/10, Curitiba, p. XI). É neste sentido que o termo lógica será usado no presente trabalho, visando analisar se os argumentos que fundamentam a elaboração do sistema repressivo penal correspondem ao esperado pela sociedade ou não.

¹⁷ Da autotutela (onde o particular exercia o direito de punir aqueles que praticavam alguma infração) evoluiu-se para a tutela jurisdicional, onde o Estado avocou o poder de punir, o que se faz através do devido processo legal/penal, instrumento necessário para a aplicação legítima da pena, como explica Aury Lopes Jr: “O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena” (LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. I, 4 ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 9).

¹⁸ Anote-se que quando for mencionado sistema punitivo, repressivo ou penal, está-se referindo tanto ao Direito Penal, quanto ao Direito Processual Penal, bem como ao Direito de Execução Penal e Polícia Judiciária já que todos estes ramos integram o “corpo” repressivo estatal.

¹⁹ Pessoas que se intitulam vítimas em potencial, não admitindo a possibilidade de virem a ser infratores, achando-se, por isso, no direito de reivindicar do sistema penal medidas protetivas contra os atos daqueles que vivem às margens desta sociedade, os “marginais”.

²⁰ Segundo Eros Roberto Grau “a sociedade civil pressupõe certas formas jurídicas que o Estado põe. E quando há oposição entre ambos, trata-se de um descompasso entre formas jurídicas pressupostas e formas jurídicas postas (...). O direito pressuposto brota da (na) sociedade, à margem da vontade individual dos homens (...). O direito que o legislador não pode criar arbitrariamente – insisto – é o direito positivo”

Vera Regina Pereira de Andrade²¹ destaca que para a *labelling approach*²²

uma conduta não é criminal “em si” (qualidade negativa ou nocividade inerente) nem seu autor um criminoso por concretos traços de sua personalidade ou influências de seu meio ambiente. A criminalidade se revela, principalmente, com um *status* atribuído a determinados indivíduos mediante um duplo processo: a “definição” legal de crime, que atribui à conduta o caráter criminal, e a “seleção” que etiqueta e estigmatiza um autor como criminoso entre todos aqueles que praticam tais condutas.

Com o intuito de estudar estes processos de definição e de reação social é que surge a Criminologia crítica, tendo seu maior expoente em Alessandro Baratta. A Criminologia crítica busca analisar as razões estruturais que sustentam o processo que define o que vem a ser considerado crime (criminalização), ou seja, os bastidores legislativos da criação da norma penal, afirmando que o sistema penal se apresenta “como um subsistema funcional da produção material e ideológica (legitimação) do sistema social global, isto é, das relações de poder e de propriedade existentes, mais que como instrumentos de tutela de interesses e direitos particulares”²³.

Nesta perspectiva explica Vera Regina Pereira de Andrade²⁴ que a

(GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 61 e 64).

²¹ PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 41.

²² Também denominada de “Teoria do Etiquetamento” ou da “Rotulação”, surgida no final da década de 50 nos Estados Unidos da América, tendo como paradigma a “reação social”, cuja criação atribui-se a H. Becker, através da obra *Outsiders* (publicada em 1963) (PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 39).

²³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p. 96.

²⁴ PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 49.

Criminologia crítica recupera, portanto, a análise das condições objetivas, estruturais e funcionais que originam, na sociedade capitalista, os fenômenos de desvio, interpretando-os separadamente, conforme se tratem de condutas das classes subalternas ou condutas das classes dominantes (a chamada criminalidade de colarinho branco, dos detentores do poder econômico e político, a criminalidade organizada etc.).

Assim, pode-se perceber que a lógica legislativa²⁵ do sistema penal se dá a partir do sujeito, seja ele o destinatário²⁶ em potencial da norma²⁷ ou o seu elaborador.

²⁵ Não se desconhece que o direito de punir é exercido pelo Estado. Contudo este exercício se apresenta em dois planos: num primeiro momento pelo legislador (criminalização primária – lei abstrata) e num segundo momento pelo judiciário (aplicação da lei abstrata ao caso concreto). Com a expressão “lógica legislativa” quer-se designar a coerência ou não na elaboração das leis penais (criminalização primária), visto a partir do seu elaborador (legislador) e do seu possível destinatário (infrator em potencial). Trabalha-se com a lei enquanto previsão abstrata, não entrando na sua judicialização (aplicação ao caso concreto). Para isso, importante frisar a diferença existente entre criminalidade e criminalização. Enquanto a primeira refere-se à prática de fatos definidos como crimes, esta última pressupõe a definição de crime e etiquetamento seletivo de criminosos pelo sistema penal, havendo um aumento considerável não da prática de crimes (criminalidade), mas da criminalização de condutas, ou seja, a demasiada produção legislativa. E o que está por traz desta voracidade legislativa? Explica Vera Regina Pereira de Andrade “que a expansão punitiva – maximização do espaço da pena – é apresentada em espetacular orquestração jurídica, política e midiática (...). A perplexidade radica em que, em virtude mesmo de um processo de relegitimação midiática sem precedentes, o Estado criminalizador (...) é socialmente sustentado não apenas por setores politicamente conservadores (Movimento de Lei e Ordem), mas por setores progressistas (como movimentos de mulheres e feministas), uma vez que todos parecem crescentemente seduzidos pelas promessas ilusionistas de combate à violência e proteção de direitos ofertada no crescente mercado do sistema penal” (PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 26).

²⁶ Segundo Norberto Bobbio “o critério do sujeito ao qual a norma é destinada pode apresentar duas variantes, conforme se considere como destinatário o súdito ou o juiz” (BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999 (reimpressão 2006), p. 26). Para o presente trabalho considerar-se-á como destinatário o povo em geral, o que Bobbio denominou de súdito.

²⁷ Os destinatários do sistema repressivo penal podem ser identificados já pela lei em abstrato, bem como pela aplicação da lei no caso concreto. Vera Regina Pereira de Andrade apresenta duas variáveis estruturais que fundamentam a seletividade penal, direcionando a criminalização para os grupos econômica e culturalmente deficitários: a) a incapacidade estrutural do sistema operacionalizar toda a programação da lei penal, pois está integralmente dedicado a administrar uma reduzidíssima porcentagem das infrações, já que o próprio sistema não suportaria caso fossem todos os furtos, as ameaças, as lesões etc., concretamente criminalizados; b) a seletividade do sistema penal se deve à especificidade da infração e das conotações sociais dos autores, pois impunidade e criminalização são orientados pela seleção desigual de pessoas de acordo com seu *status* social, e não pela incriminação igualitária de condutas objetiva e subjetivamente consideradas em relação ao fato-crime, conforme preconiza a dogmática penal. “O sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas, mais que contra certas condutas legalmente definidas como crime e acende suas luzes sobre o seu passado para julgar no futuro o fato-crime presente, priorizando a especulação de ‘quem’ em detrimento do ‘que’” (PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 51/52).

Também a lógica do *jus puniendi* pode ser vista a partir da teoria, construção esta que se faz por meio da discussão doutrinária.

Por isso, num primeiro momento se faz necessário delimitar historicamente a evolução do sistema penal para poder compreender os fundamentos que o originou e o mantém por toda a sua trajetória²⁸. Como se verá, o sistema penal é fundamentado na ideologia de um povo²⁹, representante de um dado momento histórico e cultural. Com isso, procura-se identificar a coerência ou incoerência legislativa do direito de punir.

Por fim, apresentar-se-á a logicidade do sistema repressivo na visão teórica, e para isso utilizar-se-á exclusivamente de um ramo repressivo específico, qual seja o Direito Penal, ocasião em que será abordada a Teoria do Delito.

Coaduna-se com esta ideia o surgimento e desenvolvimento da propriedade, objeto de estudo do capítulo 2, pois tem relação direta com a fundamentação do *jus puniendi*, na medida em que motiva a criminalização ou não de condutas que a lesione, bem como expressa a importância da propriedade para o Estado, na maior ou menor intensidade da sanção prevista nos tipos penais que a protegem.

1.2 A LÓGICA A PARTIR DO SUJEITO

Como visto acima, a lógica legislativa se dá a partir do sujeito, seja ele o destinatário da norma ou o seu criador (grupos/classes que

²⁸ A partir do surgimento do Estado Moderno.

²⁹ O ideal é que assim fosse. Que a sociedade, o coletivo fundamentasse as ideologias genéticas do sistema penal. Pelos caminhos da história, perceber-se-á que o sistema repressivo acabou sendo utilizado como instrumento de controle de certos grupos por outros. Os interesses dos grupos que mantinham o poder eram protegidos pelo Direito Penal. Basta ver a passagem de John Stuart Mill: “Onde haja uma classe dominante, uma grande parte da moralidade nacional emana dos seus interesses de classe e dos seus sentimentos de superioridade de classe” (MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 50). Na afirmação de Eros Roberto Grau, “produto cultural, o direito é, sempre, fruto de uma determinada cultura. Por isso não pode ser concebido como um fenômeno universal e atemporal”. (GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 20).

detém o poder. Dependendo de onde o sujeito situe-se, o sistema penal apresentar-se-á ora como um instrumento repressivo e desigual, ora como instrumento de manutenção do *status quo*, consubstanciando-se, por conseqüência, ou em um modelo repressivo desconexo dos interesses sociais, ou num eficiente instrumento de seleção da “clientela” marginalizada³⁰.

Para compreensão desta lógica, faz-se necessário voltar ao século XVI, período de nascimento do Estado³¹ Moderno³², que rompendo com o

³⁰ Adiante (especificamente na nota nº 44) serão apresentados exemplos de como o legislador criou tipos penais voltados a proteger uma determinada classe social que ascendia ao poder (burguesia), em detrimento aos demais, ao criminalizar condutas que seriam praticadas exclusivamente por determinado grupo social, o que demonstra que o sistema penal já era utilizado como uma forma de manutenção do *status quo*. Neste sentido ver Vera Regina Pereira de Andrade: “A clientela do sistema penal é constituída de pobres (minorias criminais) não porque tenha uma maior tendência a delinquir mas precisamente porque tem maiores chances de serem criminalizados e etiquetados como delinquentes” (PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 54). Também Augusto Jobim do Amaral: “Aqueles que não se encaixam no modelo agora devem ser ‘administrados’ e mantidos em xeque, e a sua remoção deve ser desempenhada ao menor custo possível. Como se sabe que a remoção dos excedentes, do refúgio, mostra-se menos custosa do que seu reaproveitamento, a isso deve ser dada prioridade. Assim é mais barato excluir e encar(cer)ar os consumidores falhos” (AMARAL, Augusto Jobim do. **Violência e processo penal: crítica transdisciplinar sobre a limitação do poder punitivo**. RL: Editora Lumen Juris, 2008, p. 49/50).

³¹ Para além da definição clássica de Estado, posiciona-se Adão Longo: “O Estado não é simplesmente um agrupamento de indivíduos geralmente preso a um determinado território e a uma língua característica, submetido a um certo governo, a suas leis e comandos. Mais que isto, o Estado genuíno não pode prescindir de suas raízes e de sua cultura, não abdicará seus projetos e seus interesses, cultuá-los seu passado como há de velar por seu presente e se assentará no futuro com os mesmos instrumentos de esperança com que construiu toda a sua história. Esta é a tradução livre e pura do Estado, imune como tal às eventuais violações e violências de que pode ser vítima, acautelado pelo venerável respeito de seus filhos, a fidelidade guardiã de seus cidadãos”. (LONGO, Adão. **O direito de ser humano**, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 90).

³² São apontados como traços que identificam o Estado Moderno: o monopólio da produção normativa; o desaparecimento progressivo no continente das dimensões estamentais (por Estado estamental entende-se a organização política na qual se foram formando órgãos colegiados, ou estados, que reúnem indivíduos possuidores da mesma posição social, precisamente os estamentos [ver Norberto Bobbio, Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política. 11. ed., RJ: Paz e Terra, 1987]; a fundamentação do poder absoluto pelos juristas régios; a consideração do indivíduo como súdito e único sujeito na relação com o monarca; a unidade e racionalidade do poder com dependência dos juízes à Administração; a justificação das condutas do poder por meio da ideia da razão e do Estado e a utilização da forma do fator religioso para favorecer a unidade do poder do monarca (MENDONÇA FILETI, Nabal Antônio. **A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social**. Florianópolis: Conceito Editora, 2009, p. 37). Para Eros Roberto Grau direito moderno “conota o direito (positivo) produzido pelo chamado Estado moderno, datado da Revolução Francesa. Objeto a partir e em torno do qual os juristas desenvolvem uma atividade técnica – e não política – esse modelo de direito é o modelo de direito do modo de produção capitalista (...). Seu requisito único de validade repousa na representação popular associada à maioria legislativa. Os pressupostos que fundamentam a sua legitimidade encontram-se na separação dos poderes e na vinculação do juiz à lei” (GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 101).

período Medieval³³ originou o Estado Moderno Absolutista³⁴, tendo durado entre os séculos XVI e XVIII³⁵.

Neste Estado Absoluto, o monarca personificava o poder nos planos jurídico, político e sociológico, já que o absolutismo não conhecia nenhuma outra forma de poder, seja interno ou até mesmo no plano internacional, uma vez acreditar-se que o poder monárquico era fruto da vontade divina. A lei era a representação da vontade do rei. Este determinava o que era ou não crime, bem como a forma de se processar e aplicar a respectiva sanção, a qual servia tão somente para proteger os interesses da monarquia.

A ruptura do absolutismo deu-se pelo “contraste entre o poder econômico obtido pela burguesia por intermédio da incrementação das bases do capitalismo e sua falta de poder político”³⁶ culminando na Revolução Francesa, que foi o marco inicial do Estado Liberal³⁷.

³³ Forma estatal pré-moderna formada por três classes: o clero, a nobreza e os servos da gleba (CAPPELA, Juan Ramón. **Fruto Proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 84). Gregório Peces-Barba Martinez considera como o primeiro elemento que caracteriza a passagem do período medieval para o Estado moderno a mudança na situação econômica e social, com o surgimento do sistema econômico, que resultou no capitalismo e na afirmação da burguesia como classe em ascensão. (PECES-BARBA MATÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**: teoria general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 113).

³⁴ O Estado absolutista, primeira expressão do Estado moderno, estava alicerçado na ideia de soberania, levando a concentração de todos os poderes às mãos dos monarcas. Com isso, originaram-se as chamadas monarquias absolutistas, que exercem o poder sem controle ou dependência de outros poderes. A estratégia absolutista serviu fundamentalmente para, na transição do modelo feudal para o moderno, assegurar a unidade territorial dos reinos. A base de sustentação do Estado absolutista era a ideia de que o poder dos reis tinha origem divina. (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política & teoria do estado**. 5 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 45).

³⁵ Como lembra Canotilho, o processo histórico não é linear, estando sujeito a retrocessos e a contradições (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed., Coimbra: Almedina, 2004, p. 380).

³⁶ STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito Penal e Constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 27.

³⁷ Deve-se observar que no Estado Absoluto não havia Constituição, que surge com a Revolução Francesa (1789), sendo, então, a primeira Constituição em solo europeu, já que a primeira Constituição surge nos Estados Unidos da América, em 1787, também com viés liberal.

O Estado Absoluto deixou de ser um elemento de apoio à superação do Estado Feudal e se converteu em uma forma de impedimento, dificultando o progresso da burguesia proprietária e comerciante. Assim, por meio da ideia dos direitos humanos construiu-se a justificativa do direito de propriedade, surgindo a liberdade da indústria e do comércio³⁸.

A Revolução Francesa destinou à burguesia³⁹, que já detinha o poder econômico, também o poder político, o qual é representado pela Constituição “(...) compreendida com organização e limitação do poder político, que se justifica o Estado, que, legitimado pelo direito e pelo regime representativo, passa a ser concebido como Estado de Direito, como Estado Constitucional”⁴⁰.

Para Paul Singer⁴¹

nessa primeira etapa da Revolução, a burguesia conquistou o que almejava, em detrimento dos camponeses e trabalhadores, cuja ação direta tinha criado as condições para que o Terceiro Estado pudesse desafiar o poder absoluto do rei e impor a ele e à nobreza uma monarquia constitucional.

O Estado Moderno Liberal traduz a proteção do cidadão frente aos arbítrios do Estado, que é visto como o grande “vilão” dos direitos e

³⁸ MENDONÇA FILETI, Narbal Antônio. **A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social**. Florianópolis: Conceito Editora, 2009, p. 36.

³⁹ “Burgueses”, inicialmente, era a denominação genérica dos habitantes dos burgos, pequenas cidades que surgiam nos cruzamentos de rotas comerciais, ou ao longo dessas rotas, às vezes fortificadas para proteger as caravanas contra os bandos de salteadores que proliferavam nas estradas naquele tempo. De modo esperável, à medida que vai crescendo passaram a aglomerar toda sorte de pessoas “livres”, isto é, que não estavam mais submetidas às glebas dos barões e bispos, porque haviam comprado essa liberdade, ou porque haviam fugido de seus senhores rurais, ou ainda porque vinham de famílias que sempre se haviam dedicado exclusivamente a atividades artesanais ou mercantis; ou eram funcionários administrativos, advogados ou outros profissionais que não residiam há muito tempo nos feudos; ou ainda uma massa disforme de adultos sem ocupação definida ou constante e crianças que buscavam sobreviver como aprendizes nas corporações de ofícios, serviços diversos ou, simplesmente, mendigos (TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. São Paulo: Peirópolis, 2002, p. 24/25).

⁴⁰ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 56.

⁴¹ SINGER, Paul. *A cidadania para todos*. In: PINSKI, Jaime; PINSKI, Carla Bassanezi (orgs.). **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003, p. 209.

garantias individuais⁴², tendo a burguesia direcionado o sistema penal como protetor dos interesses que mais lhe aprazia, qual seja, a propriedade⁴³. Nasce, aí, a primeira dimensão do constitucionalismo.

Este período ainda marca o sistema penal pátrio, bastando observar a estruturação do Código Penal e do Código de Processo Penal brasileiro, nos quais se encontram resquícios do Estado Liberal, autorizando a afirmação feita por Lenio Luiz Streck de que “por isso não pode surpreender o fato de que o Código Penal ‘protege-pune’ com mais rigor os crimes contra a propriedade do que os contra a vida”^{44 45}.

⁴² Questiona John Stuart Mill, numa visão liberal do Direito: “até que ponto a liberdade pode ser legitimamente invadida para fins de prevenção do crime ou de acidentes. Uma das funções governamentais incontrovertidas é tomar precauções contra o crime antes de sua prática, tanto quanto a de investigá-lo e de puni-lo. A função preventiva do governo, entretanto, presta-se muito mais a abusos, em prejuízo da liberdade, que a função repressiva, pois que dificilmente se encontra aspecto da legítima liberdade de ação de um ser humano que não possa ser concebido, até demais, como incrementador de facilidades para uma ou outra forma de delinquência” (MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 139).

⁴³ No início a proteção destinava-se à propriedade material, visto que a imaterial ainda não representava direitos e obrigações.

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 71. O Código Penal brasileiro pune as condutas lesivas ao patrimônio com mais intensidade que as lesivas à pessoa. Exemplo o concurso de pessoas no furto é qualificadora, enquanto no roubo (que tem violência/ameaça contra a pessoa, é aumento de pena; o latrocínio é considerado crime contra o patrimônio e não contra a vida; a pena mínima do homicídio simples é de 06 anos, enquanto a pena mínima do roubo seguido de lesão corporal grave é de 7 anos; a pena mínima da extorsão mediante seqüestro (caso o seqüestro dure mais de 24 horas) é de 12 anos (crime contra o patrimônio), enquanto a pena máxima do crime de redução a condição análoga de escravo (pelo tempo que for, 5 anos, 10 anos etc.) é de 8 anos; também neste raciocínio o crime de cárcere privado qualificado, com pena máxima de 8 anos (tanto redução a condição de escravo quanto o cárcere privado são crimes contra a liberdade pessoal. Também o fato da escalada ser qualificadora do furto traduz a ideia de uma proteção àquele que possuía, na época de 1940, mais condições econômicas, no caso a burguesia, já que somente esta classe social usufruía de propriedade cercada por muros. Igualmente o mesmo raciocínio se faz quanto a qualificadora, no furto, da chave falsa, dado que a burguesia tinha por hábito guardar o dinheiro no interior de suas residências; a antiga (não tão antiga assim) denominação do estupro e do atentado violento ao pudor como crimes contra os costumes evidencia os ranços do liberalismo, onde era “costume” a moça casar virgem, “pura” e qualquer atentado contra esta situação era considerado crime contra os costumes. A Lei 12.015/09, que alterou o Capítulo I, do Título VI da Parte Especial do Código Penal, trouxe nova denominação ao bem jurídico tutelado pelo crime de estupro, agora alçando-o, juntamente com outros, como crimes contra a liberdade sexual, mas que ainda não traduz o ideal, visto que o legislador deveria tratar estas condutas como crimes contra a dignidade da pessoa humana (sobre este raciocínio ver a nota de rodapé seguinte). Outras distorções: adulterar número de chassi é crime punido com 3 a 6 anos de reclusão, pena maior que a de lesão corporal grave em que a vítima perde, por exemplo, um dos braços, onde a pena é de 1 a 5 anos de reclusão. Também é mais grave que o crime de instigação ao suicídio, se vier a ocorrer a morte, onde a pena é de 2 a 6 anos; maior que o crime de infanticídio, com pena de 2 a 6 anos. O homicídio doloso simples é punido com pena de 6 a 20 anos, inferior à pena do roubo com lesão corporal grave culposa (7 a 15 anos), extorsão mediante sequestro simples (8 a 15 anos). Se o sequestro durar mais de 24 horas, a pena subirá para 12 a 20 anos, igual a do homicídio qualificado (que é considerado hediondo). O Código de Processo Penal também é rico em exemplos, podendo ser abreviado pela Gestão da Prova determinado pelo

Com o tempo, a sociedade entendeu que não bastava apenas garantir que o Estado respeitasse os direitos individuais, mas que também este Estado deveria atuar positivamente no sentido de praticar políticas públicas que visassem o bem comum. Surge, então, o Estado Moderno Social, passando o Estado do absenteísmo para o intervencionismo, sempre buscando o bem comum⁴⁶.

Esse novo marco intervencionista⁴⁷, denominado de segunda dimensão dos direitos constitucionais, ocorreu com o Manifesto Soviético e nas Constituições de Queretato do México de 1917 e de Weimar, de 1919.

Segundo André Copetti⁴⁸

artigo 156, onde autoriza ao juiz, de ofício, a produzir provas, solidificando o entendimento de que o sistema processual brasileiro é inquisitivo e não acusatório. Sobre este assunto ver MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **O papel do novo juiz no processo penal**: Renovar: Rio de Janeiro e MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**, publicado na Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre. Nota Dez, nº 01/2001.

⁴⁵ A tese de que os crimes contra a “liberdade sexual” deveriam ser considerados contra a dignidade da pessoa humana encontra respaldo na própria delimitação da dignidade da pessoa humana: “A dignidade humana se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício os direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil”. (MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 60 – sem destaque no original).

⁴⁶ A respeito José Eduardo Faria: “(...) os direitos sociais não configuram um *direito de igualdade*, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento formalmente uniforme; são, isto sim, um *direito das preferências e das desigualdades*, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios; um direito descontínuo, pragmático e por vezes até mesmo contraditório, quase sempre dependente da sorte de determinados casos concretos” (FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito**. Os juízes em face dos novos movimentos sociais. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 105).

⁴⁷ Lenio Luiz Streck afirma que o “Estado Social-Providência (ainda) não ocorreu no Brasil. O propalado *welfare state*, no Brasil, foi(e é) um simulacro. O Estado interveio na economia para concentrar riquezas. O Direito, por sua vez, foi (e continua sendo) utilizado para sustentar essa ‘missão’ (secreta)” do Estado, na medida em que este é entendido em sua função (meramente) ordenadora/absenteísta” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 227).

⁴⁸ COPETTI, André. *Racionalidade Constitucional Penal Pós-88*. Uma análise da legislação penal face ao embate das tradições individualistas coletivistas. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, [et. al] (orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 218.

(...) através da positivação de direitos sociais, econômicos e culturais, houve uma ampliação no âmbito das pretensões jurídicas, possíveis de serem manifestadas pelos cidadãos. Partiu-se de um quadro normativo institucional em que apenas pretensões de omissões podiam ser interpostas contra o Estado, para outro, muito complexo, no qual se positivou possibilidades de exigências de proibição de omissões às instituições estatais, contemplando-se assim, a perspectiva de tutela não só de direitos subjetivos dos indivíduos atomizados, mas também de direitos e interesses de grupos determinados e parcelas difusas da população, constituindo-se, a partir disso, um âmbito não-individual de tutela jurídica.

Para Luigi Ferrajoli⁴⁹ os direitos sociais “permitiria no solo asegurar el mínimo vital em una época em que el desempleo há llegado a convertirse em um fenômeno estructural y se há roto, de manera quizá irreversible, el nexo entre supervivência y trabajo. Serviría asimismo para reforzar la autonomia contractual de los trabajadores”.

Eros Roberto Grau⁵⁰ define que “o Estado social legitima-se, antes de tudo, pela realização de políticas, isto é, programas de ação (...). Estas políticas, contudo, não se reduzem à categoria das políticas econômicas; englobam, de modo mais amplo, todo o conjunto de atuações estatais no campo social (políticas sociais)”.

Portanto, nos direitos sociais a desigualdade é o *start* que indica ao Estado a necessidade de agir. Esta ação, que se dirige àqueles grupos necessitados é, antes de tudo, um reconhecimento da desigualdade existente na sociedade, cujo objetivo não é igualá-los aos grupos que possuem satisfatórias condições de subsistência, mas conferir-lhes condições básicas para uma vida digna⁵¹.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**: una discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 114.

⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 26.

⁵¹ Explica Adão Longo: “A pobreza não deve ser confundida com a miséria. Mesmo os pobres possuem condições de viver dignamente, pois apesar de não possuírem o supérfluo, possuem o necessário. Já os

Apesar deste avanço, o Estado Social desconsiderava a democracia e os direitos fundamentais, o que possibilitou, após o segundo pós-guerra, um novo avanço na concepção de Estado e de Direito⁵² com o surgimento do Estado Moderno Democrático de Direito.

Esta nova concepção de Estado tratou de criar um constitucionalismo dirigente, aparecendo a lei não mais como sanção ou promoção, mas como instrumento de transformação da sociedade⁵³. Para o Estado Democrático e de Direito não basta limitar (1ª dimensão) ou promover (2ª dimensão), mas sim transformar o *status quo*, sempre fundamentado na democracia e nos direitos constitucionais. Com este ideal, surge a terceira dimensão do constitucionalismo, cuja fundamentação de toda a legislação necessariamente deverá estar na Constituição, não sendo diferente no tocante ao sistema penal, seja na elaboração dos tipos penais, que devem estar ajustados aos bens jurídicos elencados na Carta Magna, observando a proibição tanto do excesso punitivo, quanto da proteção deficiente destes bens jurídicos⁵⁴, seja na

miseráveis sequer o necessário lhes pertence. A palavra ‘pobreza’ é uma evolução fonética da forma hipotética do latim *pauperitia* e designa um estado referencialmente humano de necessidade, de insuficiência, de perda. ‘Miséria’ é também de origem latina (*miseria*) e significa ‘desgraça, infelicidade’. Pobreza é escassez, ao passo que miséria é absolutamente ausência. Na pobreza há uma vida modesta, uma posse inferior de condições de vida, enquanto na miséria houve um despojamento de tudo, uma aparência de vida, mas sem vida. Porque os miseráveis habitam no mundo, mas não vivem o mundo: estão, mas não são seus partícipes (...). A pobreza e a miséria estão no mesmo plano de degradação terrena, se bem que em pontos profundamente distintos. A primeira é um *poço fundo*: rarefeito, vertiginoso, cadente, irrespirável. A outra é o *fundo do poço*; isso mesmo: um lugar comum, escuro, aporístico, seco”. (LONGO, Adão. **O direito de ser humano**, Forense: RJ, 2004, p. 144/145).

⁵² STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito Penal e Constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 35.

⁵³ MORAIS, José Bolzan; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do Estado**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 91.

⁵⁴ O princípio da proporcionalidade, criação do Estado Liberal, sempre foi analisado a partir da teoria garantista liberal, onde tinha por objetivo proteger os bens jurídicos individuais contra o arbítrio do próprio Estado (daí se caracterizar a proibição do excesso). Com o Estado Democrático de Direito, tal princípio acabou recebendo uma outra faceta, agora de caráter positivo, que tem por objetivo impedir a proteção deficiente de direitos fundamentais. Apoiando-se nos ensinamentos de Maria Luiza Schäfer Streck, pode-se afirmar que “(...) enquanto os penalistas ligados à teoria garantista clássica liberal-iluminista se seguram no princípio da proibição do excesso (*Übermassverbot*), os ‘garantistas positivos’ sustentam que existe uma espécie de lado ‘B’ da proporcionalidade – para utilizar a terminologia tradicional –, que é o princípio da proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Neste momento não estamos mais tratando com o modelo clássico de proibição, mormente porque este contradiz a função tradicional dos direitos fundamentais: direitos unicamente de defesa. A nova fase assumida pelo Estado Democrático de Direito implicou um novo processo de proteção dos direitos, agora inseridos em um contexto de complexidade social, surgido no decorrer do

construção legislativa de normas processuais e procedimentais identificadas com as garantias constitucionais.

Em cada dimensão do constitucionalismo a teoria busca o fundamento nos anseios sociais ou nos grupos seletos da sociedade. Citando John Stuart Mill “as preferências e aversões da sociedade, ou de alguma poderosa parte dela, constituem, assim, a principal determinante das normas estatuídas para observância geral, sob as penalidades da lei ou da opinião”⁵⁵.

Com posicionamento similar Francisco Muñoz Conde⁵⁶ afirma que

(...) o direito e o Estado não são, sem embargo, expressão de um consenso geral de vontades, senão reflexo de um modo de produção e uma forma de proteção de interesses de classe, a dominante, no grupo social a que esse direito e Estado pertencem (...). O direito penal não protege por igual todos os bens relativos a que têm igual interesse todos os cidadãos; tampouco a lei penal é igual para todos os sujeitos independentemente da danosidade social e da gravidade das infrações à lei penal por eles realizadas. Basta só recordar o distinto tratamento que recebem os delitos contra a propriedade e os delitos econômicos.

Uma rápida retrospectiva histórica demonstra que o sistema penal sempre foi utilizado como um instrumento protetor dos interesses dos grupos sociais dominantes. Ou, como afirma Eros Roberto Grau “a análise

século XX” (STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito Penal e Constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 94). Ainda, para uma análise mais aprofundada ver Ingo Wolfgang Sarlet: “(...) na sua função como direitos de defesa os direitos fundamentais constituem limites (negativos) à atuação do Poder Público, impedindo, por exemplo, ingerências indevidas na esfera dos bens jurídicos fundamentais, ao passo que, atuando na sua função de deveres de proteção (imperativos de tutela), as normas de direitos fundamentais implicam – em primeira linha – deveres de atuação positiva do Estado, notadamente, obrigando-o a intervir (preventiva ou repressivamente) inclusive quando se tratar de agressão oriunda de outros particulares (...)” (SARLET, Ingo Wolfgang, **Direitos fundamentais e proporcionalidade**: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria penal. In: Revista da Ajuris, ano XXXV, n. 109, Porto Alegre, mai. 2008, p. 145).

⁵⁵ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 51.

⁵⁶ CONDE, Francisco Muñoz. **Direito penal e controle social**. RJ: Forense, 2005, p. 30/31.

histórica conduz à verificação de que a cada modo de produção pertence um direito próprio e específico”⁵⁷.

No Estado Absoluto o sistema repressivo servia para proteger os interesses do clero e da nobreza. Já no Estado Liberal a repressão penal era instrumento de proteção dos interesses da burguesia, enquanto no Estado Social e no Estado Democrático de Direito, apesar da socialização dos direitos, a repressão estatal se identifica, em sua maior parte, com a manutenção do sistema produtivo liberal, na intenção de manter o *status quo* dominante. O sistema penal, de forma mais lenta que outros ramos do direito, ainda está se amoldando às características do Estado Democrático de Direito. Isto se deve à dificuldade de se romper com os laços liberais, tendo em vista a falta de vontade do legislador em modificar o sistema auto-protetivo. Vozes se levantam e críticas muito bem embasadas no constitucionalismo surgem com força, dando o primeiro passo para adequar o sistema repressivo penal aos ditames da Constituição Federal.

Portanto e independente das linhas teóricas que sustentam ou sustentaram o sistema repressivo penal, o certo é que o que move estas posições são sentimentos, os quais podem ser bem intencionados ou não. Se do sentimento brota os valores e deles se exterioriza o Direito, do ressentimento também surgem os desvalores e deles também, muitas vezes, surge o Direito.

Adão Longo⁵⁸ sintetiza:

⁵⁷ Continua o autor: “O modo de produção capitalista, modo de produção essencialmente jurídico, reclama por um direito posto, construído sobre o seu direito pressuposto, direito pressuposto, esse, que é elemento constitutivo dele, modo de produção capitalista”. Completando o raciocínio enfatiza: “em cada sociedade manifesta-se um determinado direito, produto da coexistência do direito pressuposto do modo de produção dominante nessa sociedade com os direitos pressupostos de outros modos de produção que, nessa sociedade, coexistem com o modo de produção dominante” (GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 65 e 66). Explica Eliseu Veron que “entre as lições de Marx, uma é mister não abandonar: ele nos ensinou que, se se souber olhar bem, todo produto traz os traços do sistema produtivo que o engendrou. Esses traços lá estão, mas não são vistos, por ‘invisíveis’. Uma certa análise pode torná-los visíveis: a que consiste em postular que a natureza de um produto só é inteligível em relação às regras sociais de seu engendramento (VERON, Eliseu. **A produção do sentido**. São Paulo: Cultrix, 1980, p. 54).

⁵⁸ LONGO, Adão. **O direito de ser humano**, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 131.

A lei humana foi criada como uma sedimentação do costume, visando à organização da vida social (...). Porque a norma é a própria alma humana, na sua expressão oral ou escrita, complexa e irremediavelmente imprevisível, com sua pureza e sua graxa, com sua redenção e suas algemas, com suas linhas e suas entrelinhas, com seus ideais e seus delitos. Ou seja: ao mesmo tempo que ela *deva ser*, que existe *para ser*, ela pode não ser.

Segundo Max Scheler⁵⁹ o valor para a filosofia é universal e pressupõe sempre um desvalor. É o ato de atribuir valor ao objeto. É um ato de escolha.

O desvalor apresenta-se com dois significados. Na visão filosófica desvalor é visto no sentido positivo do termo e indica redescobrir, re-sentir, re-significar. No senso popular, é a expressão do negativo, representado por figuras como o egoísmo, o orgulho, o ódio, a inveja etc., ou seja, pelo ressentimento.

Para Max Scheler⁶⁰, cuja obra foi escrita durante a 1ª grande guerra mundial, muitas das virtudes modernas e que, por consequência, embasam o Direito, estão fundadas no ressentimento, que é a expressão negativa do desvalor. São normas feitas para satisfazer grupos que se encontram no poder, motivadas pelos desvalores que os orientam.

Segundo Max Scheler⁶¹,

(...) o cerne da moral burguesa, o qual os cristãos começaram a remir sempre mais intensamente desde o séc. XIII, até executarem na revolução francesa sua efetivação mais elevada, tem sua raiz no ressentimento. No movimento social moderno,

⁵⁹ SCHELER, Max. **Da reviravolta dos valores**, trad. de Marco Antônio dos Santos Casa Nova, Petrópolis: Vozes, 1994, p. 63/69.

⁶⁰ SCHELER, Max. **Da reviravolta dos valores**, trad. de Marco Antônio dos Santos Casa Nova, Petrópolis: Vozes, 1994, p. 69.

⁶¹ SCHELER, Max. **Da reviravolta dos valores**, trad. de Marco Antônio dos Santos Casa Nova, Petrópolis: Vozes, 1994, p. 89.

então, o ressentimento se tornou uma força intensamente codeterminante, remodelando cada vez mais a moral vigente.

Exemplifica o autor que em muitos casos os valores são invertidos, onde se observa que os valores que ele denomina de utilitários (relacionados ao materialismo) são mais protegidos e mais importantes que os valores vitais (vida, corpo)⁶².

Isso se verifica entre nós tanto no âmbito do Direito Penal como no Direito Processual Penal, com visto nos exemplos anteriormente apresentados, em que o modelo liberal ainda define o sistema repressivo penal pátrio, privilegiando o patrimônio em detrimento da vida.

O conceito de Direito como uma Ciência Social necessariamente exteriorizada, prescindível de demonstração e inquestionável é criticado por Adão Longo, para quem o Direito não pode desconsiderar a intimidade humana, pois “o Direito não é só uma construção do homem, mas é o próprio homem”⁶³, na medida em que está sempre exercitando os juízos limítrofes em sua consciência, julgando seus atos, condenando ou absolvendo-se, às vezes em sentenças inapeláveis.

É a partir das manifestações intimistas do homem, representadas pela culpa, remorso, arrependimento, bem como pelo prazer, amor, caridade, fraternidade e pela bondade que o Direito surge. É a intuição quem primeiro faz surgir no homem os conceitos que vão balizar a convivência

⁶² Para Max Scheler os valores da sociedade moderna se resumem no útil e no agradável, visto que “o agradável é o valor fundamental, o útil, o valor derivado. O valor de toda e qualquer civilização que se pautar pela utilidade, e neste sentido também da sociedade moderna, é o desfrutar de coisas agradáveis (...). O ressentimento também se apresenta aqui, à medida que se remete contra a aptidão mais elevada para o desfrute, bem como contra sua arte mais rica; ele se mostra no ódio e na inveja contra a vida mais plena, que sempre traz uma aptidão maior para o mesmo. Este ressentimento é o que mobiliza e anima o homem moderno, o homem do trabalho, o homem da utilidade. Assim ele transvalora o agradável e o desfrute diante do útil, este útil que não é senão um traço do agradável: indo em direção ao ‘mal’” (SCHELER, Max. **Da reviravolta dos valores**, trad. de Marco Antônio dos Santos Casa Nova, Petrópolis: Vozes, 1994, p. 161/163).

⁶³ LONGO, Adão. **O direito de ser humano**, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 2.

com seu semelhante, após é que haverá a positivação dessas manifestações pelo Direito.

Se é do fato que surge a norma⁶⁴ e é o homem quem habita o fato, que o constrói no dia-a-dia das circunstâncias e das necessidades, a norma jurídica, representante do princípio ético e do comportamento moral, deverá ser sempre a expressão da alma humana⁶⁵, e não de grupos seletos e privilegiados⁶⁶.

Para Miguel Reale, Direito

é o resultado de uma síntese de condições objetivas e de apreciações subjetivas, segundo uma ordem de valores: é sempre objetivo-subjetivo, porquanto não teria eficácia real uma norma editada arbitrariamente pelo Estado à revelia dos sentimentos, das aspirações e das tendências da coletividade, embora pudesse valer tecnicamente pela sua coercibilidade objetiva.⁶⁷

O sentimento, portanto, é o motivador da criação legislativa, sentimento visto como uma expressão coletiva do querer, mas que tem início no indivíduo. Neste ponto, os valores tomam importância fundamental, pois é a partir deles que o Direito se exterioriza.

⁶⁴ O autor entende a norma como um gênero, tendo como espécies a regra e os princípios: “Os princípios são normas de extrema generalidade e abstração, em contraste com as regras, cujo conteúdo normativo é sempre mais preciso e concreto. Na verdade a função social das regras consiste em interpretar e concretizar os princípios, à luz do ideário vigente, em cada época histórica, nas diferentes culturas ou civilizações.” (COMPARATO, Fábio Konder, **Ética**, São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 510).

⁶⁵ No sentido de coletividade. Segundo Miguel Reale “O Direito é uma dimensão da vida humana. O Direito acontece no seio da vida humana. O Direito é algo que está no processo existencial do indivíduo e da coletividade” (REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**, São Paulo: Saraiva, 1986, p. 123).

⁶⁶ LONGO, Adão. **O direito de ser humano**, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 66. Segundo, ainda, este autor, na mesma obra citada, é preciso distinguir dois aspectos vitais que se referem ao poder e ao direito: (...) há o poder *do* Direito e o poder *no* Direito. Um é o produto necessário para a eficácia do equilíbrio social: e não pode não ser. O outro é um produto submerso de uma injunção no Direito, às vezes ajurídica, muitas vezes antijurídica, mas certamente amoral, motivada por interesses e ambições que não cessam de se impor à alma humana: e pode ser ou não pode ser” (p. 106).

⁶⁷ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**, São Paulo: Saraiva, 1986, p. 94.

Por isso é importante a observação e o questionamento de toda a produção legal, mesmo as já existentes, especialmente no momento de sua aplicação, buscando identificar a quem elas protegem e interessam, com qual objetivo foram elaboradas e se, em última análise, são exteriorizações do sentimento social (valor) ou do ressentimento de grupos e classes (desvalor)⁶⁸.

Assim, sob o ponto de vista do destinatário da norma, é fácil perceber que em algumas situações a legislação que ordena o direito de punir não apresenta uma lógica aceitável, tendo em vista que o sistema repressivo tendencialmente busca eleger determinada parcela social como “cliente”, sendo, invariavelmente, menos favorecida econômica, financeira e culturalmente, a qual obtém do sistema repressivo uma resposta muito mais “agressiva” do que os integrantes das outras classes sociais, além de, em consequência disso, privilegiar-se a proteção da propriedade em detrimento à vida.

Já pelo lado dos que detém o controle legislativo, o sistema penal se apresenta de forma lógica e racional, uma vez que se torna um “eficaz” instrumento de controle social e manutenção da estrutura do poder, ao manter às margens da sociedade os considerados “impuros”⁶⁹, bem como excluir aqueles que se encontram inseridos nela, mas que com ela não se identificam.

⁶⁸ Explica Osvaldo Ferreira de Melo que “o sentimento e a ideia do justo, do ético e do útil não se expressam por consenso absoluto mas é possível verificar o que deseja a maioria das pessoas sobre questões de interesse geral e que esteja configurado como representações jurídicas do imaginário social”. (MELO. Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Fabris Editor/CPGD-UFSC, 1994, p. 128).

⁶⁹ Expressão retirada da obra de Augusto Jobim do Amaral e que procura demonstrar a lógica do encarceramento ditada pelo sistema econômico e produtivo para manter o *status quo*, conforme passagem que segue: “Quando determinadas pessoas tornam-se incapazes de gozar o jogo consumista, elas são os ‘objetos fora do lugar’ e agora figuram com ‘novos impuros’ (...). Duas políticas estatais contraditórias, no viés de Buman, são difundidas para a preservação da pureza da vida consumista. Por um lado, exige-se o aumento da liberdade de consumo, e nada pode obstar (...), contudo, por outro prisma, deve-se lidar com as consequências da primeira postura e a isso o discurso dá o nome de ‘lei e ordem’. Aqueles que não se encaixam no modelo agora devem ser ‘administrados’ e mantidos em xequê, e a sua remoção deve ser desempenhada ao menor custo possível. Como se sabe que a remoção dos excedentes, do refugo, mostra-se menos custosa do que seu reaproveitamento, a isso deve ser dado prioridade. Assim é mais barato excluir e encar(cer)ar os consumidores falhos” (AMARAL, Augusto Jobim do, **Violência e processo penal: crítica transdisciplinar sobre a limitação do poder punitivo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 49/50). Ver Vera Regina Pereira de Andrade: “A clientela do sistema penal é constituída de pobres (minorias criminais) não porque tenha uma maior tendência a delinquir mas precisamente porque tem maiores chances de serem criminalizados e etiquetados como delinquentes” (PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 54). Vale destacar, também, a assertiva de Lenio Luiz Streck: “Não há, pois, como não

1.3 A LÓGICA TEÓRICA⁷⁰

Conquanto algumas das legislações penais brasileiras pretéritas estabelecessem o conceito de crime, a rigor do Código Criminal do Império de 1830, que definia em seu art. 2º, § 1º, que seria julgado como crime ou delito “Toda a acção, ou omissão voluntaria contraria às Leis penaes”⁷¹ (sic); e o Código Penal Republicano de 1890, que estabelecia em seu art. 7º como sendo o crime “a violação imputavel e culposa da lei penal”⁷² (sic), tal não ocorre na legislação atual (Código Penal de 1940, com a Reforma Penal de 1984)⁷³, ficando a cargo da doutrina conceituá-lo.

O crime pode ser conceituado, sob o aspecto formal, como sendo a violação da lei penal e sob o aspecto material como sendo a ofensa ao

dar razão a Leonardo Boff, quando afirma que nossas elites construíram um tipo de sociedade organizada na espoliação violenta da plusvalia do trabalho e na exclusão de grande parte da população. Daí a existência no Brasil de duas espécies de pessoas: o sobreintegrado ou sobrecidadão, que dispõe do sistema, mas a ele não se subordina, e o subintegrado ou subcidadão, que depende do sistema, mas a ele não tem acesso” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 29).

⁷⁰ Segundo explica Eugenio Raúl Zaffaroni “chama-se ‘teoria do delito’ a parte da ciência do direito penal que se ocupa de explicar o que é o delito em geral, isto é, quais são as características que deve ter qualquer delito (...). A teoria do delito é uma construção dogmática que nos proporciona o caminho lógico para averiguar se há delito em cada caso concreto” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral, 2 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 383/384).

⁷¹ BRASIL. Código Penal (1830). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 05 de janeiro de 2010.

⁷² BRASIL. Código Penal (1890). Decreto n. 847 de 11 de outubro de 1890. Disponível em <http://www.ciespi.org.br/base_legis/legislacao/DEC20a.html>. Acesso em: 05 de janeiro de 2010.

⁷³ Embora o Decreto-lei n. 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal) estabeleça que: “Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativamente ou cumulativamente”, não se trata de conceito de crime, apenas diferencia crime (delito) de contravenção penal.

objeto jurídico tutelado. Sob o prisma analítico⁷⁴ o crime se apresenta como a conduta humana *típica, antijurídica e culpável*⁷⁵.

Pelo primeiro elemento, fato típico, pode-se entender como sendo a conduta humana que se adéqua ao tipo⁷⁶, produzindo um resultado proibido pela lei penal.

Trata-se, em suma, do perfeito enquadramento do fato praticado aos elementos constantes da norma penal incriminadora, conforme preconiza José Geraldo da Silva⁷⁷: “Ocorre quando o comportamento humano se ajusta ao modelo legal, contido na lei penal, em todos os seus elementos”.

São elementos do fato típico: *conduta; resultado; relação de causalidade; e tipicidade*.

A conduta, por sua vez, trás as seguintes teorias: **Causalista** – esta teoria está superada, uma vez que considera a conduta como sendo a ação ou omissão humana voluntária que produz um resultado proibido pela lei penal. **Finalista**⁷⁸ – teoria que teve como seu maior defensor e articulador Hans Welzel, que dizia que a ação humana (aqui incluída a omissão) é o exercício de uma atividade finalista, ou seja, uma atividade conscientemente dirigida a um fim, em que a vontade não pode ser separada de seu conteúdo, de

⁷⁴ O conceito analítico, também denominado de estratificado “é o conceito que do delito obtemos por via da análise” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI. José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral, 2 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 386).

⁷⁵ Para uma grande parte da doutrina este conceito analítico, na verdade, corresponde apenas à conduta típica e antijurídica, sendo a culpabilidade um pressuposto da pena, não fazendo parte da estrutura do crime, celeuma que não será abordado neste trabalho, eis que não figura como seu objeto.

⁷⁶ Eugenio Raul Zaffaroni conceitua o tipo penal como “um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes (por estarem penalmente proibidas). O tipo pertence à lei. É na lei que encontramos os tipos penais (...). Dito ainda mais concretamente, tipos são ‘matar alguém’ (art. 121 do CP), ‘provocar aborto, sem o consentimento da gestante’ (art. 125 do CP)” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI. José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral, 2 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 443).

⁷⁷ SILVA, José Geraldo da. **Teoria do crime**. Campinas: Bookseller, 1999. p. 149.

⁷⁸ Teoria adotada pelo Código Penal brasileiro.

sua finalidade. **Social** – o mérito dessa teoria consiste em que, ao decidir-se sobre a tipicidade de uma ação, são considerados não os aspectos causal e finalístico, mas também o aspecto social. **Jurídico-penal** – a ação é o comportamento humano, dominado ou dominável pela vontade, dirigido para a lesão ou para a exposição a perigo de um bem jurídico, ou, ainda, para a causação de uma previsível lesão a um bem jurídico.

A partir daí, vê-se que a vontade passou a ser parte integrante da conduta, donde se pode dizer, da mesma forma, que o dolo e a culpa são partes integrantes dela.

Para distinguir o dolo da culpa, surgem três teorias: **Teoria da representação** - o resultado previsível representa o dolo, razão pela qual será doloso o crime sempre que houver um resultado previsível; **Teoria da vontade** - apresenta o outro extremo porque só há dolo na vontade de obtenção do resultado proibido, excluindo a possibilidade da responsabilização daquele que age, mesmo assumindo o risco de produzir o resultado; e **Teoria do assentimento** (ou do consentimento) - diz que o dolo é o consentimento com o resultado previsto, mesmo que ele não seja desejado⁷⁹.

Já o resultado⁸⁰, segundo elemento do fato típico, pode ser *naturalístico* – aquele que provoca uma transformação no mundo natural – ou *normativo-jurídico*, que é representado pela violação à norma penal.

Pode, ainda, ser *materia*⁸¹ (aquele em que o tipo prevê a conduta e o resultado natural e o crime para se consumar depende da produção

⁷⁹ O Código Penal adotou a teoria da vontade (dolo direto) e a teoria do assentimento (dolo eventual), conforme art. 18. No mesmo artigo, o Código Penal trata da culpa, que pode ser consciente, ou inconsciente, sendo que suas modalidades são: imprudência, negligência e imperícia.

⁸⁰ Para Heleno Cláudio Fragoso, o resultado é “o efeito natural da ação que configura a conduta típica, ou seja, o fato tipicamente relevante produzido no mundo exterior pelo movimento corpóreo do agente e a ele ligado por relação de causalidade” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 170).

⁸¹ Homicídio, furto, roubo, lesão corporal, por exemplo.

do referido resultado), *forma*⁸² (aquele em que o tipo prevê um comportamento e o resultado, mas ela se precipita e traz o resultado para junto da conduta, não dependendo, a consumação, da produção do referido resultado) ou de *mera conduta*⁸³ (o tipo descreve apenas o comportamento do agente, não havendo resultado naturalístico).

Na relação de causalidade, terceiro elemento, o Código Penal⁸⁴ adotou o critério da eliminação hipotética, pelo qual "considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido".

Quanto a tipicidade, último elemento integrante do fato típico, define-se a mesma quando a conduta concretizada se enquadra na lei e seja socialmente reprovável.

Outro elemento do crime é a ilicitude ou antijuridicidade⁸⁵. Para que haja crime, além de típico, o fato deve ser antijurídico. O fato sendo típico já indica que será antijurídico, ou

contrário ao direito com regulamentação externa da vida social, tendo sua essência na ofensa aos valores tutelados pela norma. A tipicidade de fato é, em regra, indício da antijuridicidade. Estabelecida a tipicidade do fato pode-se concluir que será ele provavelmente antijurídico⁸⁶.

Contudo, há situações em que mesmo ocorrendo um fato típico, ele não é considerado antijurídico, em virtude de permissões legais, como

⁸² Ou de consumação antecipada: crimes contra a honra, ameaça, violação de segredo profissional.

⁸³ Violação de domicílio, desobediência, reingresso de estrangeiro expulso.

⁸⁴ Em seu artigo 13.

⁸⁵ Everardo da Cunha Luna define a antijuridicidade como a "relação de contrariedade entre a ação humana e a norma do Direito" (LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 113).

⁸⁶ Artigo publicado na **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**, n.º 7, na década de 1960 e escrito por Heleno Cláudio Fragoso disponível em http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/helena_artigos/arquivo42.pdf, acessado em 04/02/2010.

é o caso das excludentes de criminalidade⁸⁷

A ilicitude pode ser material (dada pelos conceitos sociais) e formal (dada pela lei). É formalmente antijurídico porque é uma transgressão a uma norma estabelecida pelo Direito; é materialmente antijurídico porque é uma conduta contrária à sociedade, violando os interesses vitais desta.

Já a culpabilidade, nas palavras de Miguel Reale Júnior⁸⁸, é “a reprovação por ter o agente agido antijuridicamente, optado, assim, por um desvalor quando podia abster-se de fazê-lo, já que lhe era facultado motivar-se pelo valor imposto pela norma e pelo valor da norma como dever”.

São três as teorias acerca da culpabilidade: **Psicológica** – a culpabilidade é sinônimo de dolo ou de culpa. Para tal teoria, a censurabilidade é dada pela consciência do agente, acerca da reprovabilidade de sua conduta. **Normativa** – prevê que a censurabilidade é dada pela norma. **Psicológica-normativa** – conjuga os elementos de censura trazidos pela lei com os subjetivos⁸⁹.

Em resumo, pode-se conceituar analiticamente delito como uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária à ordem jurídica (antijurídica) e que, por

⁸⁷ “Disto resulta que às vezes há permissão para realizar condutas típicas. Quando a conduta típica não está permitida, diremos que, além de típica será também contrária à ordem jurídica considerada como unidade harmônica, porque de nenhum de seus preceitos surge uma permissão para realizá-la. Esta característica de contrariedade à ordem jurídica funcionando como conjunto harmônico – que se comprova pela ausência de permissões – chamaremos de antijuridicidade e dizemos que a conduta é, além de típica, antijurídica” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral, 2 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 389).

⁸⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. 2 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 151.

⁸⁹ É o que se vê no artigo 59, do Código Penal.

ser exigível do autor que agisse de maneira diversa diante das circunstâncias, é reprovável (culpável)⁹⁰.

1.4 ACESSO À JUSTIÇA⁹¹ E O DIREITO PENAL

O Estado Democrático de Direito tem como uma de suas características o direito de acesso à justiça. A Constituição Federal⁹² tratou de acolher tal garantia como um direito fundamental, ao afirmar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”⁹³.

Explicam Mauro Capelletti e Bryant Garth⁹⁴ que

o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação.

Por sua vez, explana José Roberto dos Santos Bedaque⁹⁵:

Acesso à justiça, ou mais propriamente, acesso à ordem jurídica justa, significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à

⁹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral, 2 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 392.

⁹¹ O termo “acesso à justiça” é usado no sentido de se ter acesso ao Estado Juiz, detentor da tutela jurisdicional, requerendo ao mesmo que aplique ao caso concreto o direito abstrato. Não se faz referência, com este termo, à decisão ser justa ou injusta.

⁹² Doravante CRFB/88.

⁹³ Art. 5º, inciso XXXV, CRFB/88.

⁹⁴ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 10-11.

⁹⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 71. Lembra, ainda, o autor que apenas o acesso à justiça não basta, devendo ser garantido o “acesso à ordem jurídica justa, que somente um sistema eficiente proporciona. Efetividade e eficiência não são sinônimos” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 43).

disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou, melhor, do devido processo constitucional. É o processo modelado em conformidade com garantias fundamentais, suficientes para torná-lo équo, correto, justo.

Referida garantia, de acesso ao judiciário, ou, como queiram, de direito de ação, é incondicionada, pois a CRFB/88 nenhuma condição impõe àquele que pretende requerer a prestação da tutela jurisdicional⁹⁶.

No âmbito penal, mais precisamente no direito processual penal, o acesso à justiça apresenta-se com variantes que não são encontradas no direito processual civil ou do trabalho.

Na seara penal, a ação pode ser de iniciativa pública e privada. A ação penal de iniciativa pública divide-se em incondicionada e condicionada, enquanto a ação penal de iniciativa privada apresenta-se em própria, personalíssima ou subsidiária da pública.

Nos crimes de ação penal de iniciativa pública incondicionada, a ação penal processual, instrumentalizada pela denúncia, será oferecida pelo Ministério Público desde que tome conhecimento do fato⁹⁷, o que poderá ser de ofício, por intermédio da vítima ou de qualquer pessoa do povo (na denominada notícia crime).

Já nos crimes de ação penal de iniciativa pública condicionada, a ação penal (denúncia) só poderá ser oferecida desde que a condição exigida pela lei seja satisfeita⁹⁸.

⁹⁶ Por isso entende-se que as denominadas “condições da ação” são, na verdade, condições para o início e desenvolvimento do processo, uma vez que o direito de ação, o direito de requerer a prestação da tutela jurisdicional é incondicionado. Partilha este entendimento, entre outros, Aury Lopes Jr., em sua obra **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. I, 4 ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

⁹⁷ E considere a presença da materialidade (prova do crime) e indícios de autoria.

⁹⁸ Pode-se considerar como condição a representação do ofendido, a requisição do Ministro da Justiça (nos crimes cometidos por estrangeiro contra brasileiro, fora do Brasil; nos crimes contra a honra do Presidente da República, por exemplo), a autorização da Câmara dos Deputados (art. 51, inciso I, da CRFB/88), a entrada do agente no território nacional (art. 7º do Código Penal).

No tocante a ação penal de iniciativa privada, ela é própria quando a lei não exige nenhuma condição para o seu exercício. Já a personalíssima⁹⁹ pode ser exercida tão-somente pelo ofendido, não podendo ninguém lhe substituir em caso de morte ou incapacidade.

Por fim, tem-se a ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública¹⁰⁰, em que o ofendido poderá ingressar com a ação penal, instrumentalizada pela queixa crime, nos delitos de ação penal de iniciativa pública incondicionada, quando o Ministério Público não se manifestar no prazo legal¹⁰¹.

Desta análise, percebe-se que a ação penal de iniciativa pública¹⁰² está amparada pelos princípios da obrigatoriedade¹⁰³ e da indisponibilidade¹⁰⁴, no sentido de que uma vez estando presentes a materialidade e os indícios de autoria o Ministério Público está obrigado a oferecer a ação penal. E uma vez oferecida a ação penal e o processo iniciado, não pode o órgão acusador dispor/desistir do processo¹⁰⁵.

Quanto à ação penal de iniciativa privada, está ela regida pelos princípios da oportunidade/conveniência¹⁰⁶ e da disponibilidade, uma vez

⁹⁹ Existente apenas no crime do artigo 236 do Código Penal.

¹⁰⁰ Prevista nos artigos 5º, inciso LIX, da CRFB/88 e 29 do Código de Processo Penal.

¹⁰¹ 15 dias (réu solto) e 5 dias (réu preso) contados a partir do dia em que receber os autos do inquérito policial ou outros documentos que informem a existência do crime (artigo 46 do Código de Processo Penal).

¹⁰² Na incondicionada e na condicionada quando estiver satisfeita a condição para o seu exercício.

¹⁰³ Com exceção dos crimes considerados de menor potencial ofensivo, em que haverá a possibilidade do ofendido compor o dano com a vítima, em audiência conciliatória no Juizado Especial Criminal ou, não ocorrendo tal hipótese, o Ministério Público poderá propor a transação penal que, se aceita, impede o oferecimento da denúncia.

¹⁰⁴ Conforme artigos 42 e 576 do Código de Processo Penal.

¹⁰⁵ Com exceção dos crimes com pena mínima igual ou inferior a 1 ano, onde é cabível a proposta de suspensão condicional do processo.

¹⁰⁶ O não exercício deste direito denomina-se renúncia (artigo 48 do Código de Processo Penal).

que cabe à vítima a escolha pelo ingresso ou não da ação penal e, uma vez intentada a queixa crime, poderá o querelante desistir do seu prosseguimento¹⁰⁷.

Portanto, quando a ação penal for de iniciativa pública incondicionada e condicionada, desde que satisfeita a condição, o Ministério Público tem o direito/dever constitucional¹⁰⁸ de acusar.

Satisfeitos os requisitos para o acesso à justiça, o Estado-Juiz irá se manifestar sobre a pretensão acusatória, sendo, para isso, necessário avaliar dois princípios basilares do direito penal. O princípio da Subsidiariedade e o princípio da Fragmentariedade.

Quanto à sua natureza subsidiária, preconiza-se que o direito penal somente deve intervir quando os outros ramos do ordenamento jurídico forem ineficazes para coibir de forma efetiva determinada lesão a um bem jurídico constitucionalmente tutelado.

Sobre o Direito Penal como *ultima ratio* de intervenção do Estado, aduz Enrique Cury Urzúa:

(...) o Direito Penal é secundário ou subsidiário, porque a pena somente deve ser aplicada quando o ataque ao bem jurídico não pode sancionar-se de maneira apropriada através dos meios de protegê-los de que dispõem os outros ramos do ordenamento jurídico. A pena é, pois, um recurso de *ultima ratio*. O mesmo se deve dizer das medidas de segurança e correção. Este caráter secundário ou subsidiário do Direito Penal é uma consequência das tendências político-criminais do presente, inspiradas no *princípio da humanidade*.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Para a desistência do prosseguimento do processo dá-se o nome de perdão (artigo 51 do Código de Processo Penal).

¹⁰⁸ Previsto nos artigos 129, inciso I, da CRFB/88 e 29 do Código de Processo Penal.

¹⁰⁹ CURY URZÚA, Henrique. **Derecho penal** – parte general. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1982, p. 54/55.

Da mesma maneira, Claus Roxin afirma que o Direito Penal restringe-se

(...) a última dentre todas as medidas protetoras que se devem considerar, quer dizer, que somente pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – como a ação civil (...), as sanções não penais, etc. – Por isso, se denomina a pena como a *ultima ratio* da política social e se define sua missão como proteção *subsidiária* de bens jurídicos.¹¹⁰

Portanto, se as demais formas de sanção e de controle social mostrarem-se suficientes para a proteção de determinado bem jurídico, torna-se inadequada e não é recomendável a sua criminalização/punição.

Conforme acima esposado, o direito penal não ampara todos os bens jurídicos, mas tão somente aqueles mais importantes, selecionados de forma criteriosa. Dentro desses bens, por sua vez, não são tuteladas todas as lesões, intervindo o direito penal apenas nos casos de maior gravidade, de forma que é protegido, pois, apenas um fragmento dos interesses jurídicos.

Surge, assim, o princípio da fragmentariedade, segundo o qual nem todas as condutas que lesionam bens jurídicos são defesas pelo direito penal, tal como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos¹¹¹.

Registre-se, por oportuno, que o princípio da fragmentariedade (ou essencialidade) é apresentado como corolário da intervenção mínima, de modo que, conforme Luiz Regis Prado¹¹²

a função maior de proteção jurídica atribuída à lei penal não é absoluta, mas sim relativa, visto que todo ordenamento jurídico

¹¹⁰ ROXIN, Claus. **Derecho penal** – parte general. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 65.

¹¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Teoria de direito penal: parte geral, volume 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 19.

¹¹² PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1.º a 120. 7. ed. rev. e., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 143/144.

dela se ocupa dela se ocupa. O que faz com que só devam eles ser defendidos penalmente ante certas formas de agressão, consideradas socialmente intoleráveis. Isso quer dizer que apenas as ações ou omissões mais graves endereçadas contra bens valiosos podem ser objeto de criminalização.

Assim sendo, o Direito Penal atua somente numa pequena parcela selecionada pelo ordenamento jurídico, apresentando-se sua tutela de modo fragmentado, dividido.

Desta forma, termina-se o primeiro capítulo, o qual teve como tema central a proposta de analisar a lógica do sistema punitivo penal sob dois enfoques: 1) a partir da elaboração das leis, buscando identificar os critérios utilizados para tanto, inferindo-se que a valoração destas normas dependem do sujeito envolvido (destinatário ou o elaborador da norma); 2) e a partir da teoria, na qual se apresentou a teoria do delito;

A abordagem acerca do *jus puniendi* apresenta-se como necessária para a continuidade do trabalho, tendo em vista que o capítulo seguinte terá por objeto de estudo os direitos reais e a posse, de forma a preparar a discussão que se encerrará na aquisição originária da propriedade por meios ilícitos, no capítulo terceiro, sendo imprescindível, assim, apresentar o conceito de crime, bem como os critérios legislativos utilizados no momento de criminalizar ou não determinadas condutas.

Além do que, a análise do acesso à justiça no âmbito criminal também se mostra pertinente, tendo em vista que o seu exercício poderá ser uma causa de interrupção do prazo prescricional, conforme será tratado no capítulo terceiro.

CAPÍTULO 2

DIREITO REAL

2.1 INTRODUÇÃO

O direito real¹¹³ configura-se, com influência da escola clássica, na imediação do homem sobre a coisa, podendo-se afirmar que se constitui de três elementos essenciais: sujeito ativo da relação jurídica; a coisa, objeto do direito; inflexão imediata do sujeito ativo sobre a coisa.

Para Lafayette Rodrigues Pereira "o *direito real* é o que afeta a coisa direta e imediatamente, sob todos ou sob certos respeitos, e a segue em poder de quem quer que a detenha (...). Tem por objeto imediato a *coisa corpórea*, móvel ou imóvel" e, ainda, porque "põe a coisa que é seu objeto em relação imediata com o sujeito do direito, sem dependência de ato ou prestação de pessoa determinada"¹¹⁴.

O direito real traduz apropriação de riquezas e tem por objeto uma coisa material, sendo oponível *erga omnes*.

Para Luis da Cunha Gonçalves¹¹⁵ o direito real é

a relação jurídica que permite e atribui a uma pessoa singular ou coletiva, ora o gozo completo de certa coisa, corpórea ou incorpórea, incluindo a faculdade de a alienar, consumir ou destruir (*domínio*), ora o gozo limitado e uma coisa, que é propriedade conjunta e indivisa daquela e de outras pessoas (*co-propriedade*) ou que é propriedade de outrem (*propriedade imperfeita*), com exclusão de todas as demais pessoas, as quais

¹¹³ Previsto nos artigos 1.225 ao 1.510 do Código Civil brasileiro.

¹¹⁴ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das Coisas**. 1. ed. atual. Campinas: Russel Editores, 2003. p. 25-26.

¹¹⁵ CUNHA GONÇALVES, Luis da. **Da propriedade e da posse**. Lisboa: Edições Ática, 1952, p. 53.

têm o dever correlativo de abstenção de perturbar, violar ou lesar, ou de respeito dos mesmos direitos.

Em resumo, as características do direito real são eficácia absoluta, inerência, seqüela, preferência, tipicidade, tendência à perpetuidade, determinação e existência atual da coisa, publicidade e aquisição por usucapião.

Acerca do caráter absoluto¹¹⁶ salienta Arruda Alvin¹¹⁷: “Em se tratando de um direito real, prevalece a indeterminação do sujeito passivo, o qual só se revela concretamente no momento da ocorrência de um ilícito, de uma violação”.

Sobre a inerência, destaca José de Oliveira Ascensão¹¹⁸ que

(...) a coisa continua a ser objeto do direito real, mesmo que ‘passe por mil mãos’ (...). O fenômeno é também muito significativo no que diz respeito aos direitos reais menores, que subsistem íntegros, não obstante toda a disposição efetuada pelo titular do direito real maior.

A preferência traduz-se na idéia de que os direitos reais de garantia constituídos sobre uma coisa prevalecem sobre quaisquer direitos pessoais e sobre outros direitos reais formados posteriormente em relação ao mesmo bem.

No tocante à tipicidade, esclarece Menezes Cordeiro¹¹⁹:

(...) traduz uma descrição ordenada a que podem ser reconduzidas as realidades pretendidas, por oposição ao conceito abstrato, que, mercê de um critério geral, permite, nele, a

¹¹⁶ Isso não implica dizer que o proprietário tem poderes absolutos ou ilimitados. Há uma acessão relativizada da palavra absoluto que significa que o dono da coisa poderá utilizá-la em toda sua essência e conforme o bem-estar social, os bons costumes, ao direito de vizinhança e não de forma arbitrária e incondicional.

¹¹⁷ ALVIM, Arruda. Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais. In: CAHALI, Yussef Said. **Posse e propriedade**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 49.

¹¹⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**: Reais. 5. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 26.

¹¹⁹ CORDEIRO, Menezes A. **Direitos Reais**. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993, p. 331.

subsunção das mesmas realidades e por oposição ainda às próprias realidades em si.

Em regra, o direito de propriedade é perpétuo e permanece no patrimônio de seu titular sem prazo definido. É exatamente a perpetuidade que justifica o direito da sucessão, quando falece o titular da propriedade, transferindo-se por *saisine* aos sucessores, no momento de sua morte. Mesmo com a troca de proprietário, o direito de propriedade subsiste com a característica de perpétuo. Excepcionalmente, como por exemplo, no caso de alienação fiduciária, pacto de retrovenda e revogação da doação por ingratidão do donatário a regra da perpetuidade da propriedade não continua a vigor. Os direitos de crédito prescrevem, mas a propriedade dura para sempre. Quanto mais o dono usa a coisa, mais o direito de propriedade se fortalece. A propriedade não se extingue pelo não-uso do dono, mas sim pelo uso de terceiros.

Em suma a perpetuidade resulta do fato de que ele subsiste independentemente de exercício, enquanto não sobrevier causa extintiva legal ou oriunda da própria vontade do titular, não se extinguindo, portanto, pelo não uso.

Já quanto a determinação, não basta que a coisa seja a determinada, sendo necessária também sua existência atual. Aqui reside mais uma diferença no regime das coisas, no âmbito do direito das coisas e no do direito das obrigações. Enquanto os direitos de crédito podem envolver coisas futuras, os direitos reais têm como pressuposto a existência atual de seu objeto¹²⁰.

Rege os direitos reais o princípio da publicidade, ao passo que nos direitos pessoais prevalece a ciência apenas entre as partes. Para que se possa conferir segurança ao atributo da eficácia absoluta dos direitos reais, é necessária sua notoriedade, permitindo, ao menos, presumir que toda a sociedade tenha conhecimento de sua existência. Por isso exige-se o registro no Cartório de Registro de Imóveis¹²¹ e, no tocante aos bens móveis, a publicidade é

¹²⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Reais**. 5. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p 631.

¹²¹ Artigo 1.227 do novo Código Civil.

alcançada com a própria posse, daí porque os direitos reais a eles relativos só são adquiridos com a tradição¹²². Por sua vez a sequela traduz-se em o direito real seguir a coisa que constitui o seu objeto, corresponde ao direito de perseguição.

Finalmente, insta salientar que os direitos reais são os únicos sujeitos à aquisição por usucapião. De fato, o transcurso do tempo pode exercer impactos bastante diferentes em se tratando de direitos reais e direitos de crédito.

Importante, também, distinguir os direitos reais dos direitos obrigacionais e para isso vale-se da definição dos direitos obrigacionais apresentada por Carvalho de Mendonça¹²³, que se resume na

relação transitória de direito que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa economicamente apreciável, em proveito de alguém que, que por ato nosso ou de alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude de lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa ação ou omissão.

Segundo Antunes Varela¹²⁴, “obrigação consiste na relação jurídica por virtude da qual uma pessoa pode exigir de uma outra, ficando esta vinculada ao correspondente dever de prestar”.

As obrigações¹²⁵ têm por características a efemeridade, diferente dos direitos reais que são perenes, constituídos para durar indefinidamente.

¹²² Artigo 1.226 do Código Civil.

¹²³ MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. **Doutrina e Prática das Obrigações**. tomo I. 4º ed., aumentada e atualizada pelo juiz José de Aguiar Dias, Rio de Janeiro: Forense, 1956, p.78.

¹²⁴ VARELA, Antunes. **Direito das Obrigações**: conceito, estrutura e função da relação obrigacional, fontes das obrigações, modalidades das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 57.

¹²⁵ As obrigações apresentam as seguintes modalidades, conforme o Código Civil: obrigações de dar (coisa certa e coisa incerta); obrigações de fazer; obrigações de não fazer; obrigações alternativas; obrigações divisíveis e indivisíveis; obrigações solidárias.

Em suma, a distinção entre direitos obrigacionais e reais pode ser assim apresentada: o direito real recai, direta e imediatamente, sobre um objeto corpóreo, fixa-se nele, abrangendo-o, sob todas as suas relações (propriedade) ou limitando-se a algumas delas somente (desmembramento da propriedade). Os obrigacionais visam, direta e imediatamente, ações humanas, embora tendam, muitas vezes, a se objetivarem sobre uma coisa, o que, é preciso ter em vista, nem sempre acontece. Os direitos reais têm caráter de inconsumibilidade¹²⁶, já os obrigacionais são transitórios por essência, tendendo-se a extinguirem-se com o uso¹²⁷; os direitos reais consistem gozos de coisas, pelo que as acompanham, criando, em favor das pessoas que os possuem, o consectário jurídico da seqüela, ao qual se prende o direito de reivindicação, já o direito obrigacional consiste exclusivamente em prestações, atos positivos ou negativo, pelo que se fixam apenas no ato, ou fato, a ser executado¹²⁸.

Como direitos reais, o Código Civil enumera 12 espécies, quais sejam: propriedade, superfície, servidão, usufruto, uso, habitação, direito do promitente comprador do imóvel, penhor, hipoteca e anticrese, concessão de moradia e a concessão de direito real de uso¹²⁹. Dentre estes direitos reais, o que interessa para o desenvolvimento do trabalho é a propriedade, considerada o âmago dos direitos reais, é o direito real por excelência¹³⁰.

2.2 PRINCÍPIO DA PROPRIEDADE

A propriedade é tratada tanto na CRFB/88¹³¹ como no

¹²⁶ Pois o uso não diminui o seu valor, antes, em regra, o aumenta.

¹²⁷ No aluguel de uma casa, passam-se os dias e o direito do proprietário mantém-se inalterável, enquanto o do locatário, limitado ao uso da casa por um determinado tempo, se vai pouco a pouco estancando.

¹²⁸ BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. 9 ed., Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1957, p. 21/22.

¹²⁹ Artigo 1.225 do Código Civil.

¹³⁰ OLIVEIRA. Álvaro Borges de. **Uma definição de propriedade**. Pensar (UNIFOR), v. 13, nº 1, 2008, p. 48.

¹³¹ Na CRFB/88 a propriedade está prevista no artigo 5º, incisos XXII e XXIII e no artigo 170, incisos II e III.

Código Civil, contudo apresenta conceitos diferenciados.

No artigo 5º, a propriedade é vista como um direito fundamental¹³² enquanto no artigo 170 ela é percebida como atividade econômica. Contudo, tanto num como noutro dispositivo a propriedade equivale a patrimônio, isto é, se vale dos direitos pessoais também.

Diverso é no Código Civil, que conceitua a propriedade como um direito real, não se tratando, portanto, de direitos pessoais¹³³.

A doutrina tradicional conceitua, equivocadamente, a propriedade como sendo o direito de usar, gozar e dispor das coisas.

Explica Francisco Eduardo Loureiro¹³⁴ que

os conceitos tradicionais partem da noção de direito subjetivo e estão fincados exclusivamente nos Códigos Civis, que seguem os modelos da segunda e terceira codificação (francesa e alemã), ou seja, inspirados no positivismo e limitados pela exegese. Já os conceitos contemporâneos, embora não haja ainda um consenso, vêem a propriedade como um *status*, ou como uma relação jurídica complexa, carregada de direitos e deveres, inspirados em valores constitucionais e no princípio da função social.

¹³² Luigi Ferrajoli não vê a propriedade como direito fundamental, elencando quatro diferenças entre os direitos patrimoniais e os direitos fundamentais: 1) os direitos fundamentais são universais enquanto os patrimoniais são singulares; 2) os direitos fundamentais são inalienáveis e os direitos patrimoniais alienáveis; 3) os direitos fundamentais são regulamentados por normas, normalmente constitucionais, enquanto os direitos patrimoniais são regulamentados por contrato, testamento e sentença; 4) os direitos fundamentais são verticais, situados no âmbito do direito público, os direitos patrimoniais são horizontais, situados no direito privado (FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta. 2001. p. 30). Peces-Barba também entende que a propriedade não é direito fundamental, pois os direitos fundamentais devem ser gerais, aplicáveis para todos e como a propriedade é escassa, não podendo ser garantida a todos, não pode ser direito fundamental (PECES-BARBA, Gregorio. **La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos**: el tiempo de la historia. In. _____. *Curso de los Derechos Fundamentales*: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995. p. 170).

¹³³ Ver artigo 1.225 do Código Civil.

¹³⁴ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 37. Ressalva-se que a função social aplica-se tão somente à propriedade pública e não a particular, conforme será visto no tópico 2.2.1, abaixo.

Será visto a seguir que propriedade não é somente direito. O proprietário é quem possui direito subjetivo (faculdade) de usar, gozar, dispor e reaver a coisa¹³⁵. Desta forma, o conceito de propriedade que se utilizará deve ser formulado a partir de três aspectos (analítico, descritivo e sintético), somado à trilogia (Inserção Social, Limites e Restrições).

Analiticamente levam-se em consideração as faculdades do proprietário ou os poderes inerentes da propriedade (usar, gozar, dispor e reaver), donde se conclui que a propriedade é um direito real subjetivo do proprietário de usar, gozar e dispor da coisa e reaver de quem quer que o detenha ou possua injustamente. Descritivamente levam-se em consideração algumas de suas características, tais como: pública, privada, plena, restrita, corpórea, incorpórea, perpétua, resolúvel, móvel, imóvel e exclusiva. Sinteticamente leva-se em consideração o poder do senhorio sobre a coisa¹³⁶.

Ainda sobre o aspecto sintético, deve-se ressaltar o conceito apresentado por Giuliano Martignetti¹³⁷:

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

Em suma, o conceito de propriedade, observados os três aspectos acima delineados, pode ser assim apresentado, conforme teoriza Álvaro

¹³⁵ Observa-se que o próprio artigo 1.228 do Código Civil diz que o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa e não direito: "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".

¹³⁶ OLIVEIRA, Álvaro Borges de. **Uma definição de propriedade**. Pensar (UNIFOR), v. 13, nº 1, 2008, p. 50/51.

¹³⁷ MARTIGNETTI, Giuliano. Propriedade. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PAQUINO, Gianfranco (Org.). **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varriale ET AL. Brasília, DF: Ed. Universidade de Brasília, 2004, p. 234-258.

Borges de Oliveira¹³⁸: “Tem-se, portanto, que o estado da arte do conceito de propriedade está firmado em suas faculdades (analítica), atributos (descritivamente) ou ao senhorio (sintética)”.

Ainda, a propriedade pode ser classificada como sendo pública ou privada, concepção esta prevista na legislação pátria¹³⁹. Contudo, José Isaac Pilati¹⁴⁰ faz um resgate histórico ao acrescentar às duas espécies citadas uma terceira denominada de propriedade coletiva ou social, já prevista no Direito Romano. Segundo o autor, os bens coletivos ou sociais não pertencem nem ao Estado nem ao particular e a tutela desses bens não deve ser poder de polícia do Estado, ou de agências, ou do Ministério Público, mas estar ao alcance da Sociedade. Encaixam-se nesta classificação os bens como a saúde, meio ambiente, jazidas, entre outros.

Daí afirmar Álvaro Borges de Oliveira¹⁴¹ que a propriedade coletiva é a que agrega os maiores valores da humanidade, seja em nível local, municipal, estadual, federal ou transnacional, pois é dela que depende o homem para sobreviver em qualquer lugar em que se encontre no planeta. É da propriedade coletiva que emana a conduta dos valores, da serventia da propriedade pública e privada.

2.2.1 Trilogia Obrigacional da Propriedade¹⁴²

A partir da constitucionalização do direito civil e, conseqüentemente, da concepção de propriedade apresentada acima, pode-se

¹³⁸ OLIVEIRA, Álvaro Borges de. **Uma definição de propriedade**. Pensar (UNIFOR), v. 13, nº 1, 2008, p. 52.

¹³⁹ Conforme artigo 98 do Código Civil: “São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencem”.

¹⁴⁰ PILATI, José Isaac. **Função social e tutelas coletivas**: contribuição do direito romano a um novo paradigma. Sequência. Florianópolis, nº 50, p. 49/69, jul. 2005.

¹⁴¹ OLIVEIRA, Álvaro Borges de. **Uma definição de propriedade**. Pensar (UNIFOR), v. 13, nº 1, 2008, p. 52.

¹⁴² Termo criado por Álvaro in OLIVEIRA, Álvaro Borges. A função (f(x)) do Direito das Coisas. Novos Estudos Jurídicos, v. 11, p. 117-134, 2006.

afirmar que ela possui uma parte interna (poder) e uma externa (dever), aquela ligada ao proprietário e esta associada com a sociedade e o Estado. No Poder do proprietário se encontram as faculdades de usar, gozar, dispor e o direito de sequela. Já no Dever do proprietário encontram-se a Inserção (Função) Social da Propriedade (Sociedade) e os limites e restrições que ela sofre (Estado).

A Função Social da Propriedade é difundida como o dever tanto da propriedade privada, quanto da pública, o que se entende estar equivocado. Sob a ótica do direito privado não é possível conceber uma propriedade privada tendo que exercer finalidade social. Na concepção de Álvaro Borges de Oliveira¹⁴³ “a propriedade privada não deve exercer função social uma vez que o particular não tem o Dever de dar finalidade social a sua propriedade”. Todavia, complementa, “a propriedade privada deve estar Inserida Socialmente. Isto nos é dado pelo princípio republicano, isto é, deve-se atender o coletivo e não ao individual”.

Portanto, a Função Social é atribuída apenas à propriedade pública¹⁴⁴, aplicando-se à propriedade privada apenas a trilogia Inserção Social, Limites e Restrições.

A Inserção Social da Propriedade é proporcional ao direito subjetivo do proprietário e esta proporcionalidade é gradual à medida que o proprietário insere mais ou menos seu bem no contexto social. É como se a sociedade fosse uma série de engrenagens dentadas: Econômica; Civil; Pública; Saúde; Segurança; Liberdade, entre outras, das quais a propriedade Deve estar inserida, como se cada propriedade participasse socialmente sendo uma endenteção de cada uma das engrenagens. A não inserção da propriedade gera uma sanção de reconhecimento público, que pode ser por meio de um particular

¹⁴³ OLIVEIRA. Álvaro Borges de. **Uma definição de propriedade**. Pensar (UNIFOR), v. 13, nº 1, 2008, p. 53.

¹⁴⁴ Especialmente aos bens dominicais.

(no caso de usucapião) ou pelo Estado (arrecadação de bem abandonado, conforme artigo 1.276 do Código Civil)¹⁴⁵.

As limitações são normas negativas advindas de um ente público como é o caso do Plano Diretor, do Direito de Vizinhança – em que o proprietário possui determinado dever para com o Estado, no caso de limitação imposta pelo Plano Diretor de um Município, ficando, por exemplo, proibido de montar determinada indústria fora da área determinada em lei, ou na construção de um edifício devendo observar a altura máxima permitida pelo Plano Diretor, ou, ainda, nas limitações impostas pelo Direito de Vizinhança¹⁴⁶ e de um ente privado, exemplo as regras de um Condomínio Edifício (convenção e regimento interno).

Já as restrições à propriedade privada também se constituem em normas negativas que privam, parcial ou totalmente, o exercício dos direitos do proprietário e podem ser dadas por um particular¹⁴⁷ ou por um ente público – desapropriações – e também pelo próprio proprietário¹⁴⁸.

No tocante à propriedade pública, o Código Civil a classifica como bens de uso especial¹⁴⁹, de uso comum do povo e bens dominicais. Os bens de uso especial devem atender a Inserção Social, os limites e as Restrições, já que a construção de qualquer obra pública deve respeitar o meio ambiente. Os bens de uso comum do povo¹⁵⁰ devem também atender à Inserção Social, Limitação e Restrição, já que a construção de uma estrada, de uma praça não pode ignorar a legislação ambiental, etc. Por fim os bens

¹⁴⁵ OLIVEIRA. Álvaro Borges de. **Uma definição de propriedade**. Pensar (UNIFOR), v. 13, nº 1, 2008, p. 53.

¹⁴⁶ Previstos nos artigos 1.277 a 1.313 do Código Civil.

¹⁴⁷ Artigos 1.258 e 1.259 do Código Civil.

¹⁴⁸ Conforme artigo 1.911 do Código Civil: “A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade”.

¹⁴⁹ Assim entendidos os edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, municipal, inclusive os de suas autarquias (art. 99, II, Código Civil).

¹⁵⁰ Rios, mares, estradas, ruas e praças (art. 99, I, Código Civil).

dominicais¹⁵¹, os quais sofrem diretamente a aplicação da Função Social, pois enquanto não afetados pertencem ao patrimônio público sem destinação.

Já à propriedade coletiva aplica-se apenas a Inserção Social, uma vez que é dela que devem surgir as demais classificações de propriedade. Sobre a propriedade coletiva não há limitações nem restrições, muito menor Poder (usar, gozar e dispor), pois dela é que emanam algumas das restrições e limitações à propriedade privada e à propriedade pública, pois estas gravitam na órbita daquela¹⁵².

Desta forma, em complemento a definição de propriedade apresentada no tópico anterior e elaborada a partir dos três aspectos: analítico, descritivo e sintético, pode-se somar a trilogia: Inserção Social, Limitação e Restrição, sugerindo, com isso, a seguinte definição de propriedade, conforme teoriza Álvaro Borges de Oliveira¹⁵³:

Se existe uma relação que se estabelece entre o sujeito “A” e o objeto “X”, a propriedade é um direito real subjetivo (Poder) que o proprietário “X” exerce sobre o objeto “X” de usar, gozar, dispor e reaver de quem quer o detenha ou possua injustamente, devendo (Dever) coadjuvar socialmente por meio da trilogia Inserção Social, Limitação e Restrição

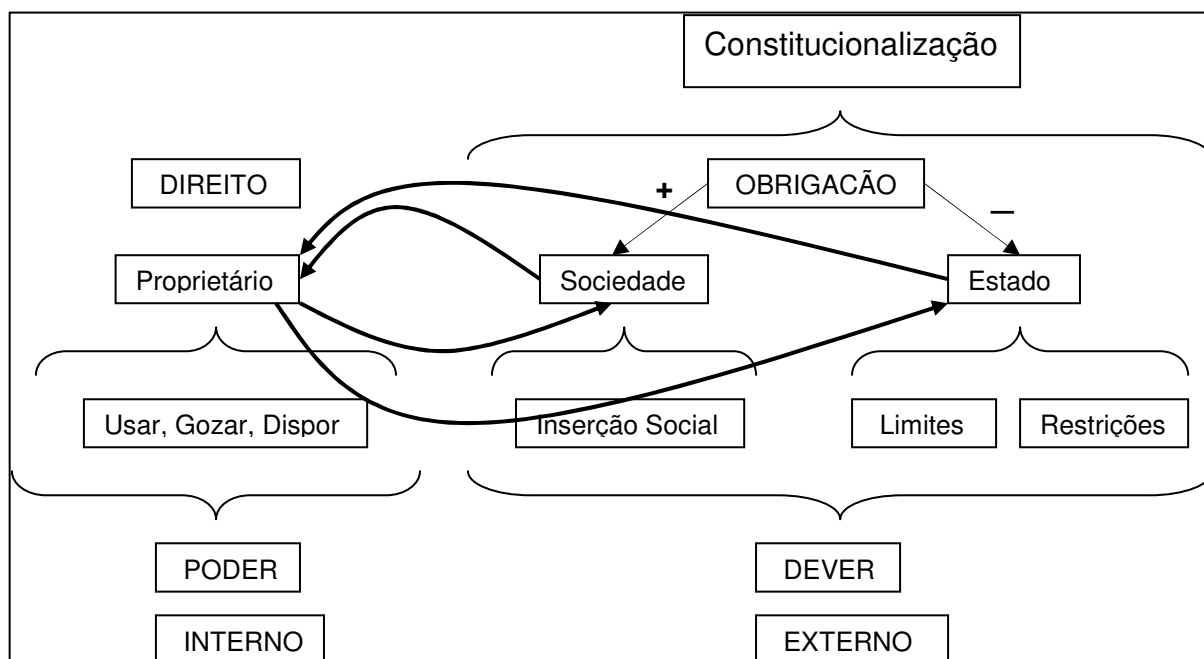
O quadro¹⁵⁴ a seguir exemplifica o raciocínio até agora apresentado:

¹⁵¹ Aqueles que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades (art. 99, III, Código Civil).

¹⁵² OLIVEIRA. Álvaro Borges de. **Uma definição de propriedade**. Pensar (UNIFOR), v. 13, nº 1, 2008, p. 54.

¹⁵³ OLIVEIRA. Álvaro Borges de. **Uma definição de propriedade**. Pensar (UNIFOR), v. 13, nº 1, 2008, p. 54.

¹⁵⁴ Extraído de OLIVEIRA. Álvaro Borges de. **Uma definição de propriedade**. Pensar (UNIFOR), v. 13, nº 1, 2008, p. 54.



Como visto, mister que se analise a propriedade não mais na visão antropocêntrica apresentada pelo Código Civil Francês, que destinava o poder (usar, gozar, dispor e reaver – conteúdo interno) ao proprietário, e sim numa visão coletiva, levando-se em consideração também o conteúdo externo.

2.3 POSSE

A posse, inserto no direito das coisas, tem importância acentuada no presente trabalho, eis que um dos seus efeitos consubstancia-se no instituto da usucapião, forma originária de aquisição da propriedade, tema condutor do capítulo terceiro.

Contudo, de início se faz necessário destacar, mesmo que brevemente, as teorias possessórias, bem como sua natureza jurídica, para, ao final, analisar os efeitos da posse.

2.3.1 Teorias Possessórias

A análise que se faz acerca das teorias possessórias tem como ponto de partida a formulada por Friedrich Carl von Savigny, não

esquecendo-se, todavia, das formuladas anteriormente pelo Direito Romano, Direito Germânico na idade média e no Direito Canônico, mas que não serão objeto de estudo.

Savigny apresentou sua teoria sobre a posse fundamentada em dois elementos constitutivos: o *corpus* e o *animus*. Para ele, o elemento objetivo (*corpus*) consiste na detenção física da coisa, e o *animus*, elemento subjetivo, que se encontra na intenção de exercer sobre a coisa um poder no interesse próprio e de defendê-la contra a intervenção de outrem. Não propriamente a convicção de ser dono, mas a vontade de tê-la como sua, de exercer o direito de propriedade como se fosse o seu titular¹⁵⁵.

Criou-se, assim, a teoria subjetiva, na qual o *corpus* é o fato material que submete à vontade do homem e cria para ele a possibilidade de dispor fisicamente dela, com exclusão de quem quer que seja¹⁵⁶ e o *animus*, considerado como o elemento moral, “é a intenção de ter a coisa como sua. Não é a convicção de ser dono – *opinio seu cogitatio domini* – mas a vontade de tê-la com sua – *animus domini*”¹⁵⁷.

Admitia aquele teórico a posse sem a intenção de dono, ponto frágil de sua doutrina e bastante combatida, conforme afirma Arnaldo Rizzardo¹⁵⁸: “admitindo-se a posse sem a intenção de dono, Savigny mostrou a fragilidade de seu pensamento, embora tenha procurado fazer a distinção entre o ânimo exigido para a posse, e o ânimo do proprietário propriamente dito”.

Para Savigny a detenção é a regra, pois só se considera possuidor quem consegue demonstrar em sua apreensão um elemento subjetivo, o *animus*.

¹⁵⁵ GONÇALVES, Paulo Roberto. **Direito civil brasileiro**. v. 5, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 30.

¹⁵⁶ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, p. 35.

¹⁵⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 15.

¹⁵⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 21.

Seu grande opositor foi Rudolf von Jhering¹⁵⁹; que criou a teoria objetiva, a qual não privilegiava o elemento anímico. Para ele “tanto a posse quanto a detenção exigem *corpus* e o *animus*, não como elementos independentes, mas, sim, indissolivelmente ligados”¹⁶⁰. A diferenciação deveria repousar em um elemento objetivo. Advertia Jhering que, em geral, possuidor e detentor tinham a mesma intenção, e dizer-se que “alguém seria detentor porque não podia possuir implicava admitir-se que a recusa da posse não decorria da vontade, mas, sim, da norma jurídica que, na hipótese, lhe negava”¹⁶¹.

Jhering não combatia a existência do *animus* em favor do *corpus*, “esses elementos, porém, não podem existir um sem o outro, ligados que estão intimamente como a palavra e o pensamento”¹⁶². O elemento psicológico está intrínseco tanto na detenção¹⁶³ quanto na posse, nada mais é do que “a consciência de estar exercendo poder material sobre a coisa, consciência que inexiste havendo falta de vontade”¹⁶⁴.

Segundo este teórico, a detenção é a exceção, posto que só não será possuidor o sujeito que se enquadrar em algumas das situações impostas pela lei consideradas como mera relação de detenção, na qual se

¹⁵⁹ Segundo Tito Lívio Pontes “Ihering enfrenta esta concepção, vigorosamente, e põe nela a sua concepção objetiva, realmente mais prática, mais consentânea com os fatos, mais conforme as fontes do Direito Romano, ali mesmo onde Savigny teria colhido os elementos para construir a sua monumental doutrina, quando ainda não tinha atingido os seus trinta anos de idade. Ihering admite, também, o “*corpus*” e o “*animus*” da teoria clássica; não discorda de que desses dois elementos é que emerge a posse, salvo as exceções legais. O que ele afirma é que o detentor da posse, pelo simples fato de detenção, se constitui possuidor, cabendo ao adversário, ao que nega a posse, a prova de que lhe falece o ânimo de possuir, ou melhor de que a relação possessória entre o detentor e a coisa se não estabeleceu, por força de causa especial, que a exclui ou aniquile.” (PONTES, Tito Lívio. **Da Posse**, 3ª ed., São Paulo: Iterlex, 2002, páginas 19/20).

¹⁶⁰ ALVES, José Carlos Moreira. **Posse: evolução histórica**. v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 228.

¹⁶¹ ALVES, José Carlos Moreira. **Posse: evolução histórica**. v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 225.

¹⁶² ALVES, José Carlos Moreira. **A detenção no direito civil brasileiro**. In Posse e Propriedade: doutrina e jurisprudência. Coord. Yusseff Said Cahali – São Paulo: Saraiva, 1987, p. 03.

¹⁶³ “Detenção, pois, para Jhering, é uma posse degradada: uma posse que, em virtude da lei, se avilta em relação a detenção” (ALVES, José Carlos Moreira. **A detenção no direito civil brasileiro**. In Posse e Propriedade: doutrina e jurisprudência. Coord. Yusseff Said Cahali – São Paulo: Saraiva, 1987, p. 04).

¹⁶⁴ WALD, Arnoldo. **Direito das Coisas**. 11 ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 34.

presume não existir o *animus*¹⁶⁵, diverso do que defendia Savigny, para quem a detenção era a regra, conforme explicado alhures.

Com a teoria objetiva, resolveu-se o problema enfrentado pela teoria subjetiva, que tratava como detentores aqueles que deveriam ser considerados possuidores. Explica Arnaldo Rizzardo¹⁶⁶ que para a teoria objetiva “são possuidores, portanto, o usufrutuário, o locatário, o comodatário, o depositário, o mandatário, o transportador, o administrador, o testamenteiro, entre outras pessoas que utilizam coisas alheias por força de um direito ou de uma obrigação”, enquanto que para a teoria subjetiva são meros detentores.

No tocante ao *corpus*, sustentava Jhering que ele não se prende a apenas uma característica, a material, havendo “dois elementos integrantes: o poder físico sobre a coisa e o interesse de utilizá-la economicamente, exercendo-se sobre ela”¹⁶⁷.

Acerca do assunto Moreira Alves¹⁶⁸ explica que para Jhering

sendo a posse a exteriorização ou a visibilidade da propriedade, o critério para verificação de sua existência é a maneira pela qual o proprietário exerce, de fato, sua propriedade, o que implica dizer que *corpus* é a relação de fato entre pessoa e a coisa de acordo com a sua destinação econômica, é o procedimento do possuidor, com referência a coisa possuída, igual ao que teria normalmente o titular do domínio.

Em Jhering, “a posse não encontra amparo em função de seu caráter autônomo, mas sim com o intuito de proteger-se a propriedade”¹⁶⁹.

¹⁶⁵ OLIVEIRA, Álvaro Borges de Oliveira; MACIEL, Marcos Leandro. **O estado da arte das teorias possessórias**. Revista Jurídica - CCJ/FURB. v. 11, nº 22, p. 112 - 127, jul./dez. 2007.

¹⁶⁶ RIZZARDO, Arnaldo, **Direito das Coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 25.

¹⁶⁷ RIZZARDO, Arnaldo, **Direito das Coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 23.

¹⁶⁸ ALVES, José Carlos Moreira. **Posse: evolução histórica**. v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 223.

¹⁶⁹ VARELA, Laura Beck. **A tutela da posse entre abstração e autonomia: uma abordagem histórica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 815.

Apesar destas duas teorias terem se difundido com mais força, não se pode deixar de observar as importantes contribuições trazidas pelas teorias chamadas “contemporâneas”, apoiadas nas lições de Raymond Saleilles, Silvio Perozzi e Antonio Hernandez Gil.

Segundo Álvaro Borges de Oliveira,¹⁷⁰ Saleilles trouxe novos ares à teoria de Jhering impregnando-a com um caráter econômico, batizando sua reformulação como teoria da apropriação econômica. Para o jurista francês o *corpus* se manifesta como “uma relação durável de apropriação econômica, uma relação de exploração da coisa a serviço do indivíduo”.

Deter a coisa, para Saleilles, “é exercer, sem dúvida, uma senhoria de fato, mas não uma destinação econômica. Possuir é realizar uma destinação econômica das coisas de acordo com sua destinação individual”¹⁷¹.

Seu mérito foi libertar a posse do direito de propriedade.

Já Perozzi criou a teoria social da posse, opondo-se às teorias objetiva e subjetiva, a partir da qual procurou demonstrar a autonomia da posse, afirmando que seria o corpo social, por si só, que garante a existência da posse, ao contrário da propriedade, que necessita de outros mecanismos para assegurá-la.

Fernando Luso Soares¹⁷² explica que para Perozzi

propriedade depende social e juridicamente do Estado, enquanto com a posse isso de modo nenhum acontece. A propriedade existe porque o Estado quer (...). Ao contrário, a posse depende

¹⁷⁰ OLIVEIRA, Álvaro Borges de Oliveira; MACIEL, Marcos Leandro. **O estado da arte das teorias possessórias**. Revista Jurídica - CCJ/FURB. v. 11, nº 22, p. 112 - 127, jul./dez. 2007.

¹⁷¹ ALVES, José Carlos Moreira. **Posse: evolução histórica**. v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 239.

¹⁷² SOARES, Fernando Luso. Ensaio sobre a posse como fenômeno social e instituição jurídica. In RODRIGUES, Manuel. **A posse: estudo de direito civil português**. 3. ed. revista, anotada e prefaciada por Fernando Luso Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1980, p. XCVI/XCVII.

do fato da própria abstenção de terceiros, por estes, costumeiramente observados.

Hernandez Gil, por sua vez, vê a posse como um fenômeno social, em que os fatos estão mais evidentes na posse que em outros direitos existentes, e que isso somente vem salientar o estreito liame entre o aludido instituto e os interesses da coletividade.

Em comum estas três últimas teorias abordam como fator fundamental o cunho social, não podendo ser olvidadas pelo jurista, que invariavelmente acaba aceitando as teorias subjetiva e objetiva, as quais certamente muita contribuição trouxeram à teoria possessória, mas que necessitam ser analisadas à luz do contexto histórico e cultural de suas épocas.

2.3.2 Natureza Jurídica da Posse

Da mesma forma que as teorias possessórias, a natureza jurídica da posse é questão bastante controvertida desde o direito Romano, não havendo, ainda, nenhum consenso sobre a matéria.

Para a teoria subjetiva de Savigny, a posse deve ser compreendida como um fato e um direito que adquire relevância jurídica em virtude de seus efeitos. Segundo Rizzardo¹⁷³, em Savigny “a posse é um estado de fato, trazendo efeitos e conseqüências no mundo jurídico. Ela se estabelece em decorrência de um simples poder de fato sobre a coisa, sem assentar em regras jurídicas ou sem direito preexistente”¹⁷⁴.

Enquanto que para a teoria objetiva de Jhering, a posse é um direito, partindo da ideia que “os direitos são *interesses juridicamente*

¹⁷³ RIZZARDO, Arnaldo, **Direito das Coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 28.

¹⁷⁴ Conforme Moreira Alves “os que entendem que a posse é um fato, e não um direito, não negam, em geral, que a posse seja um instituto jurídico, mas sustentam que ela, pelas peculiaridades que apresenta, não se configura como direito subjetivo, mas se apresenta [...] como um estado de fato, o que não é desvirtuado pelos seus efeitos jurídicos” (ALVES, José Carlos Moreira. **Posse** - estudo dogmático. vol. II, 1. Tomo, 1999, p. 83).

protegidos, não podendo haver a menor dúvida de que é necessário reconhecer o caráter de *direito à posse*¹⁷⁵.

E por ser a posse um instituto jurídico *sui generis*, a tarefa de inseri-la em uma determinada categoria jurídica é extremamente difícil, tendo posicionamentos dos mais variados que consideram a posse como: uma ação; uma relação jurídica; um fato jurídico; um interesse legítimo; o exercício de um direito subjetivo; um direito pessoal; um direito real e um direito diverso¹⁷⁶.

Há também o entendimento de alguns juristas que consideram a natureza jurídica da posse como plúrima.

Ricardo Aronne¹⁷⁷ defende a natureza tríptica da posse, dispondo que a posse

transita no ordenamento jurídico brasileiro, tanto em dimensão única e exclusivamente jurídica, como direito real, no *jus possidendi*, como em esfera contratual e obrigacional, no *jus possessionis*, como ainda enquanto fato, ao tutelar-se a posse *ad usucapionem*, que não se estriba em direito subjetivo de posse algum.

Álvaro Borges de Oliveira¹⁷⁸, por sua vez, sustenta que a natureza jurídica da posse possui quatro dimensões, a saber:

(...) a posse como direito real, que é manifesta quando o titular de um direito real, também é possuidor, amparando também os desdobramentos dos direitos reais (posse direta e indireta); a posse como direito obrigacional, a qual decorre de uma relação

¹⁷⁵ JHERING, Rudolf von. **Teoria Simplificada da Posse**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. 1ª ed. Campinas: Russell Editores, 2005, p. 40.

¹⁷⁶ CORDEIRO, António Menezes. **A posse: perspectivas dogmáticas actuais**. - 2. ed. - atualizada. Coimbra: Almedina, 1999, p. 160.

¹⁷⁷ ARONNE, Ricardo. **Código civil anotado** – direito das coisas – disposições finais e legislação especial selecionada. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 27.

¹⁷⁸ OLIVEIRA, Álvaro Borges de Oliveira; MACIEL, Marcos Leandro. **A Natureza jurídica da posse: um estudo conforme suas quatro dimensões**. *Ciência Jurídica*, v. 141, p. 275-289, 2008.

obrigacional, como o aluguel, arrendamento e o comodato, por exemplo; a posse enquanto fato jurídico, desvinculada de qualquer direito real ou obrigacional, é a posse natural, provém apenas de um fato; e por fim, a posse como direito da administração, pois precedida de um ato emanado pela administração, ato administrativo, como ocorre na ocupação temporária e na requisição administrativa.

Infere-se, portanto, que é difícil chegar a uma conceituação única de posse, uma vez que essa transmuda, de acordo com a natureza jurídica que assume. De um modo geral, a posse pode ser entendida como a exteriorização dos poderes inerentes ao domínio, o exercício do direito real subjetivo de *usar, gozar e dispor* de uma determinada coisa. É fato, que considerado em si mesmo, gera efeitos jurídicos, portanto, tal exercício goza tanto de proteção legal contra terceiros, como ocorrem nas ações possessórias, como reconhecimento, que pela passagem do tempo, outorga ao possuidor o direito de adquirir a propriedade, através da ação de usucapião¹⁷⁹.

2.3.3 Efeitos da Posse

Os efeitos da posse são as conseqüências jurídicas por ela produzidas, em virtude de lei ou de norma jurídica e podem ser resumidas em interditos possessórios¹⁸⁰, frutos, benfeitorias e usucapião.

Os interditos possessórios consubstanciam-se na forma indireta de defesa da posse pelo possuidor e se classificam em Ação de Manutenção de Posse; Ação de Reintegração de Posse e Interdito Proibitório¹⁸¹.

O exercício destes mecanismos para tutelar a posse é medida necessária para a manutenção da paz social e da segurança jurídica.

¹⁷⁹ OLIVEIRA, Álvaro Borges de; BORDERES, Kenia Bernardes. **Propriedade, domínio, titularidade, posse e detenção**. Revista Jurídica - CCJ/FURB, v. 13, nº 25, p. 99 - 107, jan./jul. 2009.

¹⁸⁰ Ou defesa da posse em geral, incluindo-se a autodefesa.

¹⁸¹ Código Civil - Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

Em uma rápida análise, destaca-se que a turbação distingue-se do esbulho porque, com este, o possuidor vem a ser privado da posse, ao passo que naquela, embora molestado, continua na posse dos bens. Em caso de turbação a medida protetiva cabível é a manutenção de posse, enquanto no esbulho a defesa se faz através da reintegração de posse.

Já o interdito proibitório é a proteção preventiva da posse ante a ameaça de turbação ou esbulho, podendo o possuidor que tenha justo receio de ser molestado na posse requerer ao juiz que o segure da violência iminente.

Quanto aos frutos¹⁸², estes podem ser naturais - resultam do desenvolvimento próprio e específico à coisa frugífera –, civis - são os rendimentos tirados da utilização da coisa frugífera por parte de outrem que não o titular. Para existirem, se estabelece uma relação jurídica entre titular e outrem que frui da coisa. Sinônimo de rendimento – ou industriais – utilidades que se obtém mediante a intervenção do esforço humano sobre a natureza.

Ressalta-se que os frutos devem ficar com o possuidor de boa-fé¹⁸³, porém excepciona o artigo 1.216 que o possuidor de má-fé tem direito de ressarcimento das despesas de produção e de custeio, situação que decorre do princípio geral que veda o locupletamento ilícito e não de um efeito específico da posse.

Já as benfeitorias podem ser entendidas como os "empregos e os desembolsos que fazem numa ou por uma coisa, com relação à qual têm por

¹⁸² Os frutos diferem dos produtos pois estes são esgotáveis, são exauríveis (ex: uma pedreira), enquanto os frutos se renovam. Os frutos podem ser naturais (ex: crias dos animais, frutas das árvores, safra de uma plantação) ou industriais (ex: produção de uma fábrica de carros) ou civis (ex: rendimentos provenientes de capital como os juros).

¹⁸³ Segundo disposto no artigo 1.214 do Código Civil: “O possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos”.

isso caráter de acessórios"¹⁸⁴.

As benfeitorias podem ser voluptuárias, úteis ou necessárias. Necessárias dizem-se as que são feitas para conservação do prédio, sem as quais este se arruinaria. Úteis, quando aumentam ou facilitam o uso da coisa, melhorando-a ou valorizando-a, as quais, embora não se indicando indispensáveis para a conservação da coisa, se mostram de visível utilidade para o proprietário dela, resultando num enriquecimento em virtude da natural valorização trazida à propriedade. Voluptuárias, as que se fizeram para mero deleite ou recreio de quem as fez, não se mostrando necessárias ao uso habitual da coisa, nem de maior valia para seu dono, mesmo que por elas se tenha tornado mais agradável.

2.4 PRESCRIÇÃO

Foi Agnelo Amorim Filho¹⁸⁵ quem apresentou distinções entre prescrição e decadência¹⁸⁶ e afirmou que estarão sujeitas à prescrição as pretensões exercitáveis mediante ações condenatórias. Assim, identificou que a prescrição está ligada a direitos a uma prestação, que podem ser violados, fazendo surgir uma pretensão e, conseqüentemente, um poder e faculdade de exigir em juízo a prestação. Para ele a prescrição extinguiria a pretensão, já que esta deixaria de ser exigível em juízo¹⁸⁷.

Porém, sustentando que a prescrição é um fator que impede judicialmente o reconhecimento e efetivação de uma pretensão, apresenta

¹⁸⁴ RUGGIERO, Roberto de – **Instituições de Direito Civil**. v. 2. trad. da 6ª ed. Italiana, 1ª ed. trad. São Paulo: Bookseller, 1999. p. 494.

¹⁸⁵ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista dos Tribunais**. Ano 49, vol. 300. São Paulo: RT, 1960.

¹⁸⁶ Decadência é a perda do direito pelo seu não exercício.

¹⁸⁷ O novo Código Civil adotou esse critério, ligando a prescrição à pretensão: “Art. 192 - violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”.

Luciano Souto Dias¹⁸⁸ a seguinte definição:

Assim, a prescrição não pode ser vista como extintiva da pretensão, mas sim, apenas como fator que impede o reconhecimento e a efetividade de um direito pela via judicial. Nesse contexto, a prescrição não seria a perda do direito material, nem do direito de ação, nem da pretensão, mas seria definida como a perda da possibilidade de se ver garantida em juízo a efetivação de uma pretensão devido à inércia do titular durante um período de tempo previamente definido em lei. O tempo, que faz nascer relações e situações jurídicas, muitas vezes impera em desfavor do titular de um direito, que deve exercer seu direito de ação em certo tempo previsto em lei, sob pena de não poder mais exigir um provimento jurisdicional. Uma pretensão demonstra a mais sincera aspiração do ser humano, que nasce pelo senso individual de justiça e vigora pelo vivo e constante sentimento de esperança¹⁸⁹.

No Direito Penal a prescrição pode ser da Pretensão Punitiva e da Pretensão Executória.

A prescrição da Pretensão Punitiva divide-se em **Própria**, a qual se utiliza da pena abstrata do crime¹⁹⁰; **Retroativa**, cujo prazo é regulado pela pena em concreto, ou seja, aquela fixada na sentença, após o trânsito em julgado para a acusação ou depois de desprovido o seu recurso, aproveitando o prazo entre o recebimento da denúncia e a sentença¹⁹¹; **Intercorrente**, em que o prazo é estabelecido de acordo com a pena em concreto fixada na sentença condenatória transitada em julgado para a acusação ou depois de desprovido seu

¹⁸⁸ DIAS, Luciano Souto. Uma nova concepção acerca do conceito de prescrição na legislação civil brasileira . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1282, 4 jan. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9352>>. Acesso em: 25 jun. 2010.

¹⁸⁹ Também não se pode entender que a prescrição é a perda de um direito de ação, pois a CRFB/88 garante que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito” (art. 5º inciso XXXV).

¹⁹⁰ Art. 109 do Código Penal.

¹⁹¹ Art. 110, § 1º e 2º do Código Penal.

recurso. O prazo prescricional começa a correr a partir da publicação da sentença¹⁹².

Já a prescrição da pretensão executória ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória e visa a execução da pena aplicada, a qual serve de base para definir o prazo prescricional¹⁹³.

No Direito Civil a prescrição apresenta-se como Extintiva, Intercorrente e Aquisitiva.

A **Extintiva**, como o próprio nome indica, faz desaparecer a possibilidade de se ver garantida em juízo a efetivação de uma pretensão. É a prescrição propriamente dita, aplicada a todos os direitos¹⁹⁴.

A prescrição **Intercorrente** é a prescrição extintiva que ocorre no decurso do processo, ou seja, já tendo o autor provocado a tutela jurisdicional por meio da ação. Se o autor utiliza a ação para fugir à prescrição e, já sendo processada essa ação, o processo ficar paralisado, sem justa causa, pelo tempo prescricional, caracterizada está a negligência do autor, a justificar a ocorrência da prescrição.

Já a **Aquisitiva** corresponde à usucapião, modo originário de aquisição da propriedade, conforme será visto no capítulo 3, ocasião em que serão abordadas as condições para sua ocorrência e os prazos, que se diferem dos prazos para a prescrição extintiva, bem como as causas de suspensão e interrupção.

¹⁹² Art. 110 § 1º do Código Penal.

¹⁹³ Artigo 110, *caput* do Código Penal.

¹⁹⁴ Com previsão no artigo 189 e seguintes do Código Civil. Destaca-se que com relação aos prazos a prescrição extintiva apresenta-se como Ordinária, onde o prazo é previsto genericamente em lei (art. 205 do Código Civil), e Especial, quando o prazo é pontualmente previsto (art. 206 do Código Civil).

CAPÍTULO 3

PRESCRIÇÃO AQUISITIVA E PROPRIEDADE ILÍCITA

3.1 PRESCRIÇÃO AQUISITIVA

Os modos de adquirir a propriedade podem ser classificados quanto à procedência: originária ou derivada; ou quanto ao objeto: a título singular ou universal.

Também importante destacar que a propriedade móvel apresenta algumas formas de aquisição diferentes da propriedade imóvel.

A propriedade imóvel pode ser adquirida através da usucapião, do registro de título e da acessão¹⁹⁵. De outro lado adquire-se a propriedade móvel pela usucapião, ocupação, pelo achado do tesouro, pela tradição, pela especificação, pela confusão, pela comistão e adjunção¹⁹⁶.

Para o presente trabalho, importa destacar o modo de aquisição da usucapião, tanto para bens móveis quanto imóveis.

3.1.1 Causas que Suspendem e Interrompem a Prescrição

A prescrição, diferentemente da decadência, é passível de ter seu prazo suspenso ou interrompido¹⁹⁷. Assim, fica suspenso¹⁹⁸ o prazo prescricional entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal, entre

¹⁹⁵ Conforme artigos 1.238 a 1.259 do Código Civil.

¹⁹⁶ Ver artigos 1.260 a 1.274 do Código Civil.

¹⁹⁷ Ocorrendo a suspensão, o prazo reinicia a partir de onde foi suspenso. Ocorrendo a interrupção, o prazo conta-se por inteiro a partir de quando cessar a interrupção.

¹⁹⁸ Artigos 197 a 201 do Código Civil.

ascendentes e descendentes, durante o poder familiar, entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela, contra o incapaz, o ausente do país (desde que esteja em serviço público), contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

A interrupção¹⁹⁹, por sua vez, ocorre por despacho do juiz ordenando a citação, por protesto judicial ou cambial, pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores, por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor e por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

As causas de interrupção e suspensão citadas acima se referem à prescrição extintiva e intercorrente, contudo se aplicam também à prescrição aquisitiva²⁰⁰.

3.2 ESPÉCIES DE USUCAPIÃO

A usucapião, também chamada de prescrição aquisitiva, é modo originário²⁰¹ de aquisição de propriedade móvel e imóvel²⁰², bem como de outros direitos reais, tais como usufruto, superfície, uso, habitação, enfiteuse. Além de modo de aquisição, a usucapião serve para confirmar a propriedade,

¹⁹⁹ Artigo 202 do Código Civil.

²⁰⁰ Conforme artigo 1.244 do Código Civil: “Estende-se ao possuidor o disposto quanto ao devedor acerca das causas que obstem, suspendem ou interrompem a prescrição, as quais também se aplicam à usucapião”.

²⁰¹ Apesar de alguns autores sustentarem que a usucapião somente poderá ser entendida como um modo originário de aquisição caso o adquirente torne-se dono de uma coisa que jamais esteve sob o senhorio de alguém (neste sentido Caio Mário da Silva Pereira, **Instituições de direito civil**, v. 4, 18 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 115-116), entende-se que a usucapião é modo originário de aquisição, conforme lição de Adroaldo Furtado Fabrício: “a usucapião é forma *originária* de adquirir: o usucapiente não adquire a alguém; adquire, simplesmente. Se propriedade anterior existiu sobre o bem, é direito que morreu, suplantado pelo do usucapiente, sem transmitir ao direito novo qualquer de seus caracteres, vícios ou limitações. Aliás, é de todo irrelevante, do ponto de vista da prescrição aquisitiva, a existência ou não daquele direito anterior” (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao código de processo civil**. v. 7, t. 3, Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 517).

²⁰² Sobre a usucapião de bens públicos, observar a Súmula 340 do STF: “Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”. A MP 2.220/01 permite a concessão de uso para fins de moradia em terras públicas.

consolidar as aquisições, e funciona como meio de prova²⁰³, tendo por fundamento a utilidade social²⁰⁴.

No direito brasileiro encontram-se as seguintes espécies de usucapião de bens imóveis: tradicional (extraordinária e ordinária), especial (rural e urbana) e coletiva, além da concessão especial de uso para fins de moradia (singular e coletiva).

Segundo José Isaac Pilati²⁰⁵

essa distinção entre especial e tradicional é importante, embora os manuais não façam referência, porque, conforme já dito, o procedimento, além dos requisitos, num e noutro grupo, são muito diferentes. No primeiro caso, a usucapião se processa pelo rito do CPC, art. 941; já a usucapião especial, nas diversas espécies, pauta-se pelo rito sumário, com menor rigor formal, e em alguns casos, permitindo a concessão pela via administrativa.

Quanto aos bens móveis a usucapião divide-se em extraordinária e ordinária e será objeto de estudo após a análise das espécies da usucapião de bens imóveis.

A usucapião extraordinária de bem imóvel²⁰⁶ tem por requisitos são: posse de 15 anos²⁰⁷ (que pode reduzir-se a 10 anos [posse

²⁰³ Art. 13 da lei 10.257/2001: “A usucapião especial de imóvel urbano poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para registro no cartório de registro de imóveis”. Ver também a Súmula 237 do STF: “O usucapião pode ser argüido em defesa”.

²⁰⁴ PILATI, José Isaac. **Aspectos práticos do processo de usucapião na ilha de Santa Catarina após a Emenda Constitucional 46/2005**. Palestra ministrada na OAB/SC em 25/10/2005.

²⁰⁵ PILATI, José Isaac. **Aspectos práticos do processo de usucapião na ilha de Santa Catarina após a Emenda Constitucional 46/2005**. Palestra ministrada na OAB/SC em 25/10/2005.

²⁰⁶ Está prevista no artigo 1.238 do Código Civil.

²⁰⁷ Vale destacar que o artigo 1.379 do Código Civil, que prevê a aquisição da servidão por usucapião, estabelece prazo de 10 anos (com título) ou 20 anos (sem título). Destaca-se, ainda, que segundo o artigo 2.028 do Código Civil de 2002, serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos pelo novo código, se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido no Código Civil de 1916. Assim, mesmo com os prazos reduzidos da usucapião extraordinária e ordinária, valerão os prazos do Código Civil de 1916 (20 anos para a extraordinária, e 15 anos entre ausentes ou 10 anos entre presentes

trabalho] se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo) exercida com ânimo de dono, de forma contínua, mansa e pacificamente. Nesta espécie são dispensados os requisitos do justo título²⁰⁸ e da boa-fé²⁰⁹.

A usucapião ordinária²¹⁰, por sua vez, traz como requisitos a posse de 10 anos, exercida com ânimo de dono, de forma contínua, mansa e pacífica, além do justo título e boa-fé. O prazo será reduzido para 5 anos caso haja posse-trabalho²¹¹.

para a ordinária) se no dia 11 de janeiro de 2003 tiverem fluído metade desses prazos, ou seja, 10 anos para a extraordinária, e 7,5 anos entre ausentes ou 5 anos entre presentes para a ordinária. Em relação às hipóteses do parágrafo único do artigo 1.238 e parágrafo único do artigo 1.242, até 11 de janeiro de 2005, os referidos prazos serão acrescidos de 2 anos, independentemente do tempo transcorrido durante a vigência do código de 1916. Assim, até 11 de janeiro de 2005 na usucapião extraordinária o prazo será reduzido para 12 anos se o possuidor realizou no imóvel obras ou serviços de caráter produtivo ou o utilizou como moradia habitual. Na usucapião ordinária o prazo será reduzido para 7 anos se o imóvel foi adquirido onerosamente com registro cancelado, e desde que o possuidor tenha realizado investimentos de interesse econômico e social, ou tenha utilizado o imóvel como sua moradia. O mesmo vale para a usucapião de bens móveis.

²⁰⁸ Nas palavras de Pontes de Miranda, justo título quer dizer “título de direito, como o contrato de compra-e-venda, com acordo de transmissão, testamento, sentenças, compra dos direitos possessórios como se direitos de dono (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Parte especial, tomo XI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 51). Pelo Enunciado 86 do CEJ (Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal), “a expressão justo título, contida nos arts. 1.242 e 1.260 do Código Civil, abrange todo e qualquer ato jurídico hábil, em tese, a transferir a propriedade, independentemente do registro”.

²⁰⁹ Importante observar que a boa-fé apresenta-se sob duas espécies: objetiva e subjetiva. A boa-fé objetiva “é um dever das partes, dentro de uma relação jurídica, se comportar tomando por fundamento a confiança que deve existir, de maneira correta e leal; mais especificamente, caracteriza-se como retidão e honradez, dos sujeitos de direito que participam de um relação jurídica, pressupondo o fiel cumprimento do estabelecido” (MARTINS, Flávio Alves. **Boa-fé e sua formalização no direito das obrigações Brasileiro**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000, p. 73). Já a boa-fé subjetiva “denota o estado de consciência ou convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito (sendo) aplicável, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se “subjetiva” justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito na relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: Sistema e tópica no processo obrigacional**. 1. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 411). Portanto, a boa-fé que se refere a usucapião ordinária é a subjetiva.

²¹⁰ Com previsão no artigo 1.242 do Código Civil.

²¹¹ Art. 1242, parágrafo único do Código Civil: “Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico”.

Quanto à usucapião especial rural²¹², seus requisitos são posse, sobre área de terra em zona rural, com até 50 ha, tornando-a produtiva pelo próprio trabalho ou da família, tendo nela sua moradia, e desde que não seja proprietário de outra área rural ou urbana, por um prazo de 5 anos ininterruptamente.

Esta espécie de usucapião tem por objetivo a fixação do homem no campo, valorizando aquelas terras distantes das zonas urbanas, impedindo que estas áreas (rurais) venha a ser alienadas para loteamentos e indústrias²¹³.

A usucapião especial urbana²¹⁴, tem como requisito a posse de área urbana de até 250 m², como sua por 5 anos ininterruptamente e sem a oposição, devendo utilizar a área para sua moradia, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. Não se olvida que o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01), em seu artigo 9º²¹⁵, também trata da matéria, apenas com uma diferença dos dispositivos acima, qual seja o acréscimo da expressão “edificação urbana”.

²¹² Sua previsão está no artigo 191 da CRFB/88: “Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade”. E Também no artigo 1.239 do Código Civil, com a mesma redação do artigo 191 da CRFB/88.

²¹³ NEQUETE, Lenine. **Da prescrição aquisitiva** (usucapião). 3 ed., Porto Alegre: Ajuris, 1981, nota de rodapé nº 52, p. 248.

²¹⁴ Tratada no artigo 183 da CRFB/88 “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”. Com redação reproduzida na íntegra pelo artigo 1.240 do Código Civil.

²¹⁵ Art. 9º - “Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural” (sem grifo no original).

Por fim, a usucapião especial urbana coletiva, com previsão exclusiva no Estatuto da Cidade²¹⁶, tem grande alcance social e visa as áreas com mais de 250 m², ocupadas por população de baixa renda para sua moradia por 5 anos, ininterruptamente e sem oposição, desde que não seja possível identificar os terrenos ocupados individualmente.

Já a concessão especial de uso para fins de moradia está disciplinada no art. 183, § 1º da CRFB e MP 2.220/01. Os requisitos são a posse por 5 anos ininterruptos e sem oposição, de área de até 250 m² de imóvel público²¹⁷ situado em área urbana, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

Trata-se de direito que admite a forma coletiva (art. 2º da MP), sendo que a fração ideal de cada possuidor não poderá ser superior a 250 m².

O referido direito pode extinguir-se, cancelando o registro, se o concessionário der destinação diversa da moradia ao imóvel ou se adquirir a propriedade ou a concessão de uso de outro imóvel urbano ou rural (art. 8º). Nesse caso, a simples existência de outra posse já inviabiliza a pretensão.

No tocante à usucapião de bem móvel, este se divide em ordinária²¹⁸ e extraordinária. A primeira tem por requisito a posse de coisa móvel como sua, de forma contínua e incontestadamente durante 3 anos, com justo

²¹⁶ Art. 10 – “As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural”.

²¹⁷ O DL 271/67 trata de concessão de uso de terreno público e particular; porém, sua aplicação é diferente da concessão de uso da MP 2.220/01, pois se presta a oferecer instrumento jurídico de assentamento de pessoal (massa de trabalhadores) ligado a investimentos econômicos de vulto.

²¹⁸ Prevista no artigo 1.260 do Código Civil.

título e boa-fé. Já a extraordinária²¹⁹ tem por requisitos a posse ininterrupta da coisa por 5 anos, independentemente de título e boa-fé.

Assim, apresentadas as espécies de usucapião, parte-se para a análise da possibilidade de usucapir bem, cuja posse foi adquirida por meios ilícitos.

3.3 PRESCRIÇÃO AQUISITIVA DA PROPRIEDADE ILÍCITA

Entenda-se por meios ilícitos a prática de ato definido como crime na legislação penal. Portanto, a análise que se faz neste item refere-se à possibilidade de usucapir bens (móveis ou imóveis), cuja posse foi adquirida através da prática de algum crime contra o patrimônio (propriedade material).

Dentre os crimes contra a propriedade material que possibilitam a aquisição da posse, serão objetos de análise somente aqueles que não contenham violência ou ameaça contra a pessoa em seu tipo penal, quais sejam: furto (artigo 155 CP); furto de coisa comum (artigo 156 CP); alteração de limites (art. 161 *caput* CP); esbulho possessório sem violência (art. 161 § 1º, inciso II, *in fine*, e § 3º CP) apropriação indébita (artigo 168 CP); apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza (artigo 169 *caput* CP); apropriação de coisa achada (artigo 169 inciso II CP); estelionato (artigo 171 *caput* e parágrafo 2º, incisos I [disposição de coisa alheia como própria] e II [alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria]; receptação (artigo 180 CP)²²⁰.

²¹⁹ Disciplinada pelo artigo 1.261 do Código Civil.

²²⁰ Não se irá analisar detidamente os elementos que compõem cada tipo penal acima citado, por não ser o objetivo do trabalho, mas tão somente apresentar suas condutas:

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel.

Art. 156 - Subtrair o condômino, co-herdeiro ou sócio, para si ou para outrem, a quem legitimamente a detém, a coisa comum.

Art. 161 - Suprimir ou deslocar tapume, marco, ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória, para apropriar-se, no todo ou em parte, de coisa imóvel alheia.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

II – invade, com violência à pessoa ou grave ameaça, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório.

Art. 168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção.

Os requisitos exigidos para a aquisição por usucapião são a coisa hábil ou suscetível de usucapião, a posse²²¹, o decurso do tempo, o justo título e a boa-fé. Os três primeiros são indispensáveis para todas as espécies de usucapião, já o justo título e a boa-fé são exigências da usucapião ordinária.

Como o trabalho visa verificar a aquisição originária por meios ilícitos, logicamente que os requisitos da boa-fé e do justo título são dispensáveis, até porque inconciliáveis, muitas vezes, com a prática criminosa.

Assim, a usucapião possível mediante a prática de ato ilícito é a extraordinária, na qual se exige coisa hábil, posse mansa e pacífica e decurso do tempo.

Entende-se por coisa hábil aquele bem que pode ser passível de prescrição aquisitiva. Os bens fora do comércio e os bens públicos não são passíveis de usucapião. Consideram-se fora do comércio os bens *naturalmente* indisponíveis (insuscetíveis de apropriação pelo homem, como o ar atmosférico, a água do mar), os *legalmente* indisponíveis (bens de uso comum, de uso especial e de incapazes, os direitos da personalidade e os órgãos do

Art. 169 - Apropriar-se alguém de coisa alheia vinda ao seu poder por erro, caso fortuito ou força da natureza.

II - quem acha coisa alheia perdida e dela se apropria, total ou parcialmente, deixando de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor ou de entregá-la à autoridade competente, dentro no prazo de (15 quinze) dias.

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.

I - vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria.

II - vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias.

Art. 180- Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte.

²²¹ “A posse para se usucapir há de ser posse própria, mas por posse própria não se tenha a posse do proprietário, porque o proprietário não precisa usucapir. A posse do imóvel como seu (art. 550), ou da coisa móvel como sua (art. 618), é acontecimento do mundo fático. A crença no título, na causa de adquirir, nada tem com a posse mesma. Podem existir o justo título e a crença, sem existir a posse própria, ou qualquer posse. Podem existir a posse e o título, sem existir a crença. Podem existir a crença e a posse, sem existir o título. Pode existir o título, sem existirem a crença e a posse; ou a posse sem existirem o título e crença; ou crença, sem existirem posse e título” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Parte especial, tomo XI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 49).

corpo humano)²²² e os indisponíveis pela *vontade humana*²²³ (deixados em testamento ou doados, com cláusula de inalienabilidade)²²⁴.

A posse, outro requisito para a usucapião, é fundamental para a prescrição aquisitiva e exige algumas características²²⁵, como a posse que deve ser *ad usucapionem*, ou seja, com ânimo de dono. Requer-se, de um lado, a atitude ativa do possuidor que exerce os poderes inerentes à propriedade e, de outro, a atitude passiva do proprietário, que com sua omissão colabora para que determinada situação de fato se alongue no tempo. Como visto, o outro requisito é a posse mansa e pacífica, exercida sem oposição²²⁶.

O decurso do tempo, último requisito para a usucapião extraordinária, depende se o bem é móvel ou imóvel, sendo de 5 anos para o primeiro e de 15 anos ou 10 anos (posse trabalho) para o segundo.

Desta forma, busca-se verificar se alguém que, dolosamente²²⁷, pratica um furto, uma apropriação indébita, uma receptação ou até mesmo um crime de alteração de limites pode, após o decurso dos prazos acima, exigir judicialmente o reconhecimento da prescrição aquisitiva e, conseqüentemente, a usucapião do bem objeto da prática criminosa.

²²² Exemplo os artigos 1.244 c/c 197 e 198 Código Civil, os bens na situação do artigo 199 Código Civil, os bens públicos (artigo 102 Código Civil).

²²³ Autores que admitem a prescritibilidade extraordinária de bem onerado com cláusula de inalienabilidade: Lafayette Rodrigues Pereira, Caio Mário da Silva Pereira, Lenine Nequete. Autores que não admitem: Clóvis Beviláqua, Washington de Barros Monteiro, Orlando Gomes (extraído de GONÇALVES, Paulo Roberto. **Direito civil brasileiro**. v. 5, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 254).

²²⁴ GONÇALVES, Paulo Roberto. **Direito civil brasileiro**. v. 5, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 254.

²²⁵ Conforme artigos 1.238 a 1.242 do Código Civil.

²²⁶ Explica Lenine Nequete que “os fatos de oposição, por seu turno, devem ser tais que não deixem nenhuma dúvida quanto à vontade do possuidor de transmitir a sua posse precária em posse a título de proprietário” (NEQUETE, Lenine. **Da prescrição aquisitiva** (usucapião). 3 ed., Porto Alegre: Ajuris, 1981, nota de rodapé nº 52, p. 123).

²²⁷ Dolo é a prática consciente de uma conduta onde o agente deseja o resultado (dolo direto) ou assume o risco de produzi-lo (dolo eventual), conforme definição do artigo 18, inciso I, do CP. É, no dizer de Basileu Garcia, “a intenção mais ou menos perfeita de praticar um ato que se sabe contrário à lei” (GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. v. 1 t. I., 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 1972, p. 136).

Para isso, necessário que se avalie a possibilidade sob duas variantes: a usucapião pelo próprio autor do delito e a usucapião pelo terceiro de boa-fé, mas de um bem adquirido através de prática criminosa.

3.3.1 Prescrição Aquisitiva em favor do Autor do Delito

A possibilidade do autor do delito usucapir o objeto do crime depende da ausência de clandestinidade, precariedade²²⁸ e violência desta posse. Mas como é possível ter posse sem violência, clandestinidade e precariedade se ela foi adquirida por ato criminoso? Na verdade, a aquisição da posse por ato ilícito sempre será injusta²²⁹, todavia ela deverá transformar-se em justa ao longo do tempo necessário para se usucapir.

Já foi visto que a posse mediante uma conduta ilícita consubstancia-se pela ausência de justo título e boa-fé, sendo a prescrição aquisitiva admitida por lei. Contudo como esta posse iniciou-se com clandestinidade, violência e precariedade, mister que ela seja transformada²³⁰ em posse para fins de usucapião (*ad usucapionem*).

²²⁸ O autor refere-se ao artigo 489 do Código Civil de 1916, sendo que o atual trata do assunto no artigo 1.200, porém a redação de ambos os artigos são iguais, sendo, portanto, atual a passagem a seguir citada: "O Código Civil não definiu a precariedade, limitando-se a dizer: 'É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária' (art. 489). No entender dos comentadores, porém, a palavra foi empregada no mesmo sentido do direito anterior, ou seja, qualificativa da posse que alguém se recusa a restituir a quem, tem o direito de exigi-la. Mas, ao contrário do direito anterior, pode essa posse ser útil para usucapião. Por que lá o que impedia a prescrição não era o fato da precariedade, em si, mas sim a má fé que subsistia, ao passo que no direito atual, dispensada a boa fé na prescrição extraordinária, equivale o ato da recusa a uma inversão do título, uma oposição ao direito do proprietário, que imprime à posse o *animus domini* (NEQUETE, Lenine. **Da prescrição aquisitiva** (usucapião). 3 ed., Porto Alegre: Ajuris, 1981 p. 101).

²²⁹ Posse justa é aquela adquirida sem violência, clandestinidade ou precariedade, a teor do artigo 1.200 do Código Civil.

²³⁰ Acerca da possibilidade de se transformar a posse injusta em justa manifesta-se a doutrina: "O vício surgirá justamente quando o possuidor opuser-se, de forma inequívoca, à devolução da coisa. Em suma, o que o legislador chamou de precariedade, na verdade, é a inversão manifesta do ânimo do possuidor precário (*rectius* direto), que passa a não mais reconhecer os direitos do possuidor anterior (indireto). E o que é isso, senão esbulho! (...) Em tais situações, o possuidor direto, ou detentor, que inverteu a *causa possessionis*, terá certamente posse, injusta em relação ao esbulhado." (GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios, **Dos Vícios da Posse**, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2008, p. 55). Ainda: "Pode a *intervenção* verificar-se independentemente de relação com a outra parte, operando-se por uma atitude ostensiva e inequívoca. Assim, se o depositário se recusa a restituir a coisa ao depositante e invoca outro título para possuir, como, por exemplo, quando alega que se tornou dono dela, o título de posse se modifica por ato unilateral. Jhering considera que a vontade não tem, por si mesma, força para modificar o título. Não poderia o ato volitivo unilateral modificá-lo. A este ponto de vista, que de um modo geral é acolhido, *abre-se exceção no caso em*

Esta mudança do caráter da posse (de injusta para *ad usucapionem*) deve ser clara e manifesta, pois “salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida”²³¹.

Explica Tupinambá Miguel Castro do Nascimento²³² que

quem tem a posse de um terreno que lhe foi dado em comodato ou em locação, respeitando o domínio alheio do comodante ou locador, tem posse mas sem a intenção de dono, simplesmente *affectio tenendi*, isto é, porta-se diante das coisas como proprietário se portaria, mas reconhece o domínio alheio. Na mesma hipótese, se, no momento em que deveria devolver o terreno ao dono, enfrenta-o negando-se ao devolver, opondo ao poder jurídico do dono um poder jurídico que alega ter, a posse passa a ser exercida com a negativa em devolver, com ânimo de senhor. Esta e somente esta, entre as duas, é prestável para o usucapião, porque se afigura, em toda a linha, como posse *animus domini*.

que a modificação não decorra apenas de ato de vontade, mas, sim, de ato material exterior e inequívoco. Verifica-se, nessa hipótese, a intersetividade do título não apenas por efeito da vontade, mas por efeito da exteriorização dela, através de atos concretos e materializados.” (BESSONE, Darcy, **Da Posse**, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 110, sem destaque no original). Por fim: “Obviamente, o simples detentor, como o define a lei, nem sequer possui a coisa e muito menos ‘como sua’. Mas pode vir a ocorrer uma inversão do fenômeno, com a conversão do detentor em possuidor, assim como o possuidor em nome alheio (comodatário, locatário etc.) se converte eventualmente em possuidor em nome próprio, passando a agir como se fora dono, afrontando a outra parte, que não reage no prazo legal, ensejando a prescrição aquisitiva.” (COSTA, Dilvanir José da. **Posse no Direito Civil**, RT 757/710). O Superior Tribunal de Justiça, através da relatoria do Min. Francisco Cesar Asfor Rocha, também já decidiu a respeito, admitindo a inversão da posse: “*Usucapião extraordinário. Comprovação dos requisitos. Mutação da natureza jurídica da posse originária. Possibilidade.* O usucapião extraordinário – art. 550, CC – reclama, tão-somente: a) posse mansa e pacífica, ininterrupta, exercida com *animus domini*; b) o decurso do prazo de vinte anos; c) presunção *juris et de jure* de boa-fé e justo título, ‘que não só dispensa a exibição desse documento como também proíbe que se demonstre sua inexistência.’ E, segundo o ensinamento da melhor doutrina, ‘nada impede que o caráter originário da posse se modifique’, motivo pelo qual o fato de ter havido no início da posse da autora um vínculo locatício, não é embaraço ao reconhecimento de que, a partir de um determinado momento, essa mesma mudou de natureza e assumiu a feição de posse em nome próprio, sem subordinação ao antigo dono e, por isso mesmo, com força *ad usucapionem*. Precedentes. Ação de usucapião procedente. Recurso especial conhecido, com base na letra ‘c’ do permissivo constitucional, e provido” (RSTJ 143/370, sem grifo no original. Tal voto foi seguido, por votação unânime, pelos Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Aldir Passarinho Jr., Sálvio de Figueiredo Teixeira e Raphael Barros Monteiro. Sem destaque no original).

²³¹ Segundo o artigo 1.203 do Código Civil.

²³² CASTRO DO NASCIMENTO, Tupinambá Miguel. **Usucapião**. 6ª ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 210.

Para Lenine Nequete²³³ “vive-se hoje uma nova realidade. O Código Civil prescindiu da boa-fé para a usucapião extraordinária, permitindo, então, que a posse precária, desde que exercida com ânimo de dono, seja útil para esse fim”.

Assim, se o bem foi adquirido mediante uma conduta criminosa e esta posse não for apresentada pelo novo possuidor com publicidade e sem oposição do proprietário, ela permanece sendo precária, violenta e clandestina, não autorizando a usucapião, mesmo a extraordinária, uma vez que a posse precária não convalece.

A posse adquirida por ato ilícito exige que a clandestinidade, a precariedade e a violência cessem, passando o novo possuidor a usar o bem com *animus domini*.

O bem, cuja posse teve origem injusta (mediante a prática de um ato criminoso), é passível de ser usucapido, desde que ocorra a inversão da posse, pois se deve privilegiar quem insere socialmente o bem no contexto social, independentemente se ele é o proprietário ou o possuidor que adquiriu o bem de forma ilícita, mas que o está usando de forma pública, mansa e pacífica²³⁴.

A propósito do tema, admitindo a usucapião do bem furtado, por exemplo, veja-se a lição de Tupinambá Miguel Castro do Nascimento²³⁵:

Restam os bens móveis que saiam das mãos de seu proprietário por violência (coisa roubada), por clandestinidade (coisa furtada) e por precariedade, face à inversão do título (coisa perdida que não

²³³ NEQUETE, Lenine. **Da prescrição aquisitiva** (usucapião). 3 ed., Porto Alegre: Ajuris, 1981, p. 101.

²³⁴ Importante destacar que o Código Civil proíbe "os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade" (art. 1228, § 2º; no mesmo sentido, Lei 10.257/01, art. 2º, inc. VI, letra 'e'). O Código impõe ao direito 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 dever de exercê-lo "em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais" (art. 1228, § 1º).

²³⁵ CASTRO DO NASCIMENTO, Tupinambá Miguel. **Posse e propriedade**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1986, p. 253.

se devolve ao dono ou à autoridade ou coisa emprestada, que indebitamente é objeto de apropriação). A partir do momento em que cessa a violência, a clandestinidade ou a precariedade, tornando-se a posse mansa, pacífica e pública, há posse para usucapir, extraordinariamente. Basta a posse *ad usucapionem* contínua e incontestada por cinco anos (art. 619 do Código Civil). Porém, se houver *justo título* e *boa-fé*, a hipótese é de usucapião *ordinário*, consumado em três anos (art. 618 do Código Civil). Perfeitamente possível para quem adquire o móvel de quem não é dono, por título potencialmente hábil para a transmissão. Se o adquirente desconhece o vício, a posse é de boa-fé. Justo título e boa-fé, pressupostos da prescrição aquisitiva ordinária, se fazem presentes no caso.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já decidiu²³⁶:

Apelação. Usucapião extraordinário. Automóvel objeto de furto. Chassi adulterado. Posteriores negócios envolvendo o bem, todos eles registrados no cadastro de trânsito. Somatória das posses superior aos cinco anos exigidos pelo art. 619 do CC de 1916. Posses exercidas com ânimo de dono, boa-fé e sem resistência. Domínio reconhecido.

Igualmente o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina²³⁷:

CIVIL. USUCAPIÃO DE BEM MÓVEL. FURTO. IRRELEVÂNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. Não impede o reconhecimento do usucapião o fato de o bem ter sido furtado, desde que preenchidos os requisitos dos artigos 618 ou 619 do Código Civil de 1916, correspondentes aos artigos 1.260 e 1.261 do novo Código Civil.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná também proferiu decisão neste sentido²³⁸:

²³⁶ Apelação com Revisão nº 906363-0/7 – julgamento em 29/11/05.

²³⁷ Apelação cível nº 2002.020040-4, de São Francisco do Sul. Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben.

²³⁸ Apelação Cível nº 132.947-7.

USUCAPIÃO DE COISA MÓVEL - BEM OBJETO DE FURTO - PRESENÇA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA O USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. Presentes os requisitos para o usucapião, extraordinário, consoante o art. 619, CC., ou seja, posse por mais de cinco anos, independente de título ou boa-fé, impõe-se a procedência do pedido.

Nelson Luiz Pinto e Teresa Arruda Alvim Pinto²³⁹ são taxativos:

Portanto, os requisitos da posse exigidos no usucapião extraordinário são apenas os requisitos básicos para a posse *ad usucapionem*. Pode dizer-se, pois, que o possuidor adquire o domínio da coisa mediante a posse *ad usucapionem* durante 20 anos para bens imóveis, e 5 anos para os bens móveis. E basta.

Em outubro de 2008, na Comarca de Tubarão/SC, foi reconhecido o direito do autor da ação em usucapir o valor de R\$ 192.306.108,67 (cento e noventa e dois milhões, trezentos e seis mil, cento e oito reais e sessenta e sete centavos) que apareceu em sua conta corrente, que mantém junto ao Banco do Brasil, sem que soubesse a origem. A decisão é de primeiro grau e ainda não transitou em julgado, mas evidencia a possibilidade de usucapir bem oriundo de origem ilícita, eis que no caso, apesar de não ter sido ventilado na decisão, existe a possibilidade do usucapiente ter praticado o crime de apropriação indébita (art. 169 CP) ou apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza (artigo 169 *caput* CP), ao não devolver o valor quando percebeu que o mesmo havia sido depositado em sua conta corrente²⁴⁰.

²³⁹ PINTO, Nelson Luiz e PINTO, Tereza Arruda Alvim. **Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Usucapião**, São Paulo: RT, pág. 35.

²⁴⁰ A decisão, em parte, assim foi proferida: “Logo, entendo que, estando incontroversas as provas acerca da posse da Requerente, bem como, no que refere-se a natureza da mesma (mansa, pacífica e ininterrupta) e do prazo exigido em lei, é de ser julgado procedente o pedido formulado na inicial. Ao contrário do que se supõe e asseverou o requerido Banco do Brasil, presentes estão todos os requisitos do usucapião extraordinário de coisa móvel. Isto porque a coisa, o bem móvel, na presente *actio*, dinheiro, não é inexistente. A prova é robusta quanto à existência dos valores depositados na conta do autor. Além de a coisa ser existente, a posse é incontestável, pois os valores se encontram depositados no banco requerido e cuja titularidade é do autor/requerente. E, atente-se ainda que a posse sempre foi exercida com ânimo de proprietário (*animus domini*), e, mesmo se não o fosse nesta condição de proprietário (até porque o que se exige é a exigência de proprietário originário), sempre o requerente/autor a exerceu de forma ininterrupta e pacífica, há mais de

Porém há entendimento contrário. Para Lafayette Rodrigues Pereira²⁴¹ a posse jurídica é a base de toda a prescrição aquisitiva

mas carece que ela seja adquirida de um modo justo, isto é, que não começasse ou por violência ou clandestinamente, ou a título precário. O vício da violência continua a subsistir, ainda que a posse no decurso da sua duração se torne pacífica; e, enquanto não é expurgado, impede a prescrição.

Neste sentido o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios julgou²⁴²:

CIVIL. POSSE. CONCEITO. USUCAPIÃO DE BEM MÓVEL FURTADO. CONDIÇÃO SUSPENSIVA.

1. A posse mantém, salvo prova em contrário, o mesmo caráter com que foi adquirida. E é indispensável a presença de pelo menos o exercício de um dos poderes inerentes ao domínio ou à propriedade para que se caracterize a existência da posse.
2. O ladrão não adquire a posse da coisa, porquanto posse constitui a exteriorização da propriedade; é agir como se dono fosse. É agir *erga omnes* de cabeça erguida, como quem nada teme ou deve. O uso escondido, escorado por artifícios documentais e mediante fraude, não faz gerar a posse.
3. Enquanto o titular do domínio não tem efetivo conhecimento de onde ou com quem se encontra a coisa subtraída, ou por qualquer outro motivo juridicamente relevante não pode exercer o seu direito de seqüela, é de se considerar presente a condição suspensiva hábil a impedir a contagem do prazo prescricional.

cinco anos, restando, destarte, presentes os pressupostos *possessio e tempus*. A posse, além de ser contínua e incontestada, tendo sido apenas após a propositura da presente demanda e, apenas pelo requerido Banco do Brasil, não é, como pretende o ora demandado, com má-fé, clandestina, violenta ou precária. Relevante, na espécie, é a aplicação pura e simples do artigo 1.261 do Código Civil, dando azo à usucapião extraordinário "se a posse de coisa móvel se prolongar por cinco anos, e independentemente de título ou boa-fé." Tendo sido comprovada a posse por mais de cinco anos, o fato de originalmente o dinheiro não ser do requerente/autor é absolutamente irrelevante, tanto que, uma vez ultrapassado o lapso temporal exigido pela lei, o usucapião se produz ainda que não exista título e mesmo na hipótese de inexistência de boa-fé que, no caso, insiste-se, ela está presente, pois a culpa não cabe ao requerente se um terceiro, por liberalidade ou outra razão, resolveu manter vultuosa importância a seu favor, sob a forma de certificados de depósito bancário" (Processo nº 075.06.008572-4, Juiz Júlio César Knoll, disponível em <http://tubarao.tj.sc.gov.br/cpopg/pcpoResultadoPG.jsp#>, acessado em 29/4/2010).

²⁴¹ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**. t. I e II, Campinas: Russel Editores, 2003, p. 192.

²⁴² Apelação Cível nº 3486095.

Apesar da divergência, a doutrina majoritária admite a usucapião de bens adquiridos de forma ilícita desde que a posse, inicialmente injusta, transforme-se em posse pública, mansa e pacífica, já que admitida a conversão da posse precária, clandestina e violenta em posse *ad usucapionem*.

3.3.2 Prescrição Aquisitiva em favor do Terceiro de Boa-Fé

Nesta situação o terceiro de boa-fé que adquire o bem, com justo título, de possuidor anterior que tenha praticado crime para ter a posse do bem, poderá adquirir a propriedade pela usucapião extraordinária, independente de título e boa-fé, nos mesmos termos que o autor do ilícito pode usucapir²⁴³.

Contudo, a dúvida que surge é se ele pode adquirir pela usucapião ordinária, já que tem justo título (comprou mediante contrato, com apresentação de certidões de propriedade [mesmo que falsa, mas sem ser de seu conhecimento] e boa-fé.

Há possibilidade desta aquisição, porém não pode ele somar a sua posse com a posse do antecessor, se este a obteve sem título e boa-fé²⁴⁴.

O artigo Código Civil²⁴⁵ admite que o possuidor some a sua posse à posse do antecessor, contanto que todas sejam contínuas, pacíficas e, no caso da usucapião ordinária, com justo título e boa-fé (inclusive a do antecessor).

Portanto, ao terceiro de boa-fé é possível usucapir ordinariamente, desde que possua justo título e boa-fé, independentemente do antecessor ter estes mesmos requisitos, porém, neste caso, não poderá somar a posse anterior com a sua. Terá, em suma, que possuir com *animus domini* pelo

²⁴³ Desde que não some a posse anterior (art. 1.243 Código Civil) e a transmissão seja entre vivos, a título singular, conforme artigos 1.206 e 1.207 do Código Civil.

²⁴⁴ Conforme artigos 1.243 e 1.262 do Código Civil.

²⁴⁵ Art. 1.243.

tempo necessário a usucapir ordinariamente, independentemente do tempo do possuidor anterior.

O Tribunal de Alçada do Paraná já decidiu a respeito, mesmo que se referindo ao Código Civil de 1916²⁴⁶:

USUCAPIÃO - VEÍCULO FURTADO - ADQUIRENTE DE BOA-FÉ - POSSIBILIDADE - CARÁTER VIOLENTO DA POSSE CESSADO PARA O ADQUIRENTE - ARTS. 490, 492, 497 E 618 DO CÓDIGO CIVIL - APELAÇÃO CÍVEL - APELAÇÃO PROVIDA - Opera-se o usucapião, uma vez ocorrentes os requisitos do art. 618 do Código Civil, em favor do terceiro de boa-fé quando o possuidor ignorava o vício que impede a aquisição da coisa (Código Civil, art. 490). Ainda que violenta a posse de início obtida pelo autor da subtração, não se transmite ela com esse caráter ao terceiro adquirente de boa-fé, pois quando da aquisição a violência já cessara. A regra do art. 490 do C. Civil deve ser entendida em harmonia com a do seu art. 497, pelo qual a posse violenta perdura só enquanto perdurar a violência; cessada esta, há posse útil.

O Superior Tribunal de Justiça entendeu que a posse quando não tiver boa-fé e justo título é precária e, por isso, não pode se somar à posse do adquirente futuro, mesmo que este possua justo título e boa-fé.

Do corpo do acórdão extrai-se parte do voto proferido pela Ministra Nancy Andrichi²⁴⁷:

Desta forma, também a posse de seu antecessor não aproveita à autora, para fins de contar o tempo exigido para o usucapião, pois sendo o bem objeto de furto não se reconhece que sobre ele possa se exercer posse pacífica, já que a qualquer momento pode-se perder o bem pela descoberta do registro falso apresentado fraudulentamente para fins de alienação. Ainda que induzida a erro por lhe ter sido apresentada documentação falsa ou que ignorasse a origem ilícita do bem, tal fato não transmuda o

²⁴⁶ TAPR - AC nº 85.5930-4, Rel. Juiz Celso Guimarães, DJPR 09/05/97.

²⁴⁷ Recurso Especial nº 247345/MG, julgado em 04/12/2001. Sem grifo no original.

caráter precário da posse que lhe foi transmitida, nem induz boa-fé e justo título. É que a posse a título precário exclui a intenção de possuir a coisa como própria e, por ser vício absoluto, torna impossível a prescrição aquisitiva por usucapião ordinário (...). Isto porque, nos termos do art. 492 do CC, mantém a posse, salvo prova em contrário, o mesmo caráter com que foi adquirida. Se o veículo é objeto de furto continua ostentando condição precária, pelo que injusta é a posse de quem quer que a detenha no lapso temporal necessário ao usucapião ordinário.

Portanto, é possível e bastante comum que alguém adquira, de boa-fé e com justo título, coisa alheia que foi vendida como própria (situação que enquadra o vendedor no artigo 171 *caput* e parágrafo 2º, inciso I [disposição de coisa alheia como própria], ou, ainda, que adquira do estelionatário coisa própria (do estelionatário) vendida fraudulentamente (inciso II)²⁴⁸.

Nestes casos o adquirente, terceiro de boa-fé e com justo título, pode adquirir a propriedade pela usucapião extraordinária e até mesmo pela ordinária. Porém não poderá somar a sua posse com a posse do antecessor²⁴⁹ se este a possuía precariamente²⁵⁰.

²⁴⁸ Destaca-se que neste crime (art. 171, § 2º, inciso II, CP [vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias]), é possível o adquirente de boa-fé e com justo título somar a sua posse com a do antecessor, pois a posse dele não era precária, apenas havia algum impedimento para se desfazer do bem.

²⁴⁹ Apesar de já ter sido entendido de forma diversa: “ADULTERAÇÃO DE CHASSI E TERCEIRO DE BOA-FÉ - SOMA DE POSSES PARA USUCAPIR. Um veículo que passa, pela tradição, por vários possuidores, inclusive com anterior vistoria e respectivo registro no nome de um deles, na repartição de trânsito, e depois, adquirido pelo autor, este ao providenciar em levá-lo para outra vistoria com objetivo de transferência, se vê frente a uma apreensão por adulteração do número do chassi, tal ato não tem a consistência para descaracterizar a pretensão usucapienda, interrompendo o prazo prescricional, que deve ser visto em favor do adquirente que é terceiro de boa-fé e pode somar as posses porque amparado no direito.” (TARS - Ac. unân. da 5ª CC, de 29.8.96 - Ap. 196.096.911 - Rel. Juiz Jasson Torres).

²⁵⁰ O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp. nº 881270, ocorrido em março de 2010, pacificou o entendimento de que a transferência a terceiro de veículo gravado com propriedade fiduciária, à revelia do proprietário (credor), constitui ato de clandestinidade incapaz de induzir posse (art. 1.208 do Código Civil de 2002), sendo por isso impossível a aquisição do bem por usucapião. Segundo o relator, com a decisão pacificada pelas duas turmas de Direito Privado do STJ, o Judiciário fecha as portas para o uso indiscriminado do instituto da usucapião: “A prosperar a pretensão deduzida nos autos - e aqui não se está a cogitar de má-fé no caso concreto -, abrir-se-ia uma porta larga para se engendrar ardis de toda sorte, tudo com o escopo de se furar o dever de pagar a dívida antes contraída. Bastaria a utilização de um intermediário para a compra do veículo e a simulação de uma “transferência” a terceiro com paradeiro até então “desconhecido”, para se requerer, escoado o prazo legal, o usucapião do bem”. Em seu voto, Luis Felipe Salomão reiterou que como nos contratos com alienação fiduciária em garantia o desdobramento da

3.3.3 Os Efeitos da Sentença Penal Condenatória e a Aquisição por Meios Ilícitos

Tendo sido a posse adquirida mediante alguma conduta ilícita, poderá o autor do crime, como visto, usucapir extraordinariamente o bem, independente de justo título e boa-fé.

Porém, o mesmo autor poderá, também, ser condenado criminalmente pelo ato que lhe deu a posse precária do bem (apropriação indébita, estelionato, furto). Neste caso, a sentença penal condenatória tem como efeito genérico a perda, em favor do lesado, do produto do crime, conforme artigo 91, inciso I, letra “b” do Código Penal.

A dúvida é se tendo transcorrido o prazo da prescrição aquisitiva extraordinária pode o autor do crime ser obrigado a devolver o bem, produto do crime, em razão do efeito da sentença penal condenatória.

A questão apresenta algumas variáveis, a saber.

Transcorrido o prazo da prescrição aquisitiva, o autor já adquire direito a usucapir o bem, sendo a sentença apenas declaratória deste direito e instrumento hábil a determinar a inscrição no registro imobiliário.

Se a sentença penal condenatória que determinou a perda do bem objeto do crime para a vítima transitar em julgado após ter ocorrido a prescrição aquisitiva, prevalecerá o direito do autor do crime em usucapir o bem, bastante ingressar com ação de usucapião para fins de ter seu direito reconhecido, não tendo a sentença penal, neste caso, força para desconstituir um

posse e a possibilidade de busca e apreensão do bem são inerentes ao próprio contrato, a transferência da posse direta a terceiros deve ser precedida de autorização porque modifica a essência do contrato, bem como a garantia do credor fiduciário. Deve-se salientar que neste caso a propriedade é do banco e o possuidor que financiou o bem detém apenas a posse que é tolerada pelas condições do contrato, diverso daquele que é proprietário de um bem que não pode ser alienado por alguma restrição. (Informações retiradas do site www.stj.jus.br/notícia, acesso em 10 de abril de 2010).

direito que se incorporou ao autor do crime pela ocorrência da prescrição aquisitiva.

Caso a sentença penal condenatória transite em julgado antes da prescrição aquisitiva não terá o autor do crime como requerer a usucapião posteriormente, pois sua posse não é mais mansa e pacífica, havendo uma decisão judicial que lhe obriga a devolver o bem.

Outra questão, a saber, é se a mera existência de processo crime²⁵¹ afasta a posse mansa e pacífica do autor do delito, impedindo, com isso, a usucapião do bem, independentemente de quando tenha transitado em julgado a sentença penal condenatória, por não estarem presentes os requisitos necessários para usucapi-lo.

Benedito Silvério Ribeiro²⁵² destaca que

oposição, no sentido que lhe emprestou o legislador, não significa inconformidade, nem tratativas com o fim de convencer alguém a demitir de si a posse de determinado imóvel. Antes, isso sim, traduz medidas efetivas, perfeitamente identificáveis na área judicial, visando a quebrar a continuidade das posses, opondo à vontade do possuidor uma outra vontade que lhe contesta o exercício dos poderes inerentes ao domínio qualificador da posse.

É o que esclarece Tupinambá Miguel Castro do Nascimento²⁵³:

²⁵¹ Conforme explica Pontes de Miranda: "(...) A espécie mais vulgar de interrupção é a perda da posse, porque os arts. 550, 551, 618 e 619 somente admitem como elemento suporte fático das suas regras jurídicas a posse contínua (ininterrupta). Fora daí, interrompe o curso do prazo prescricional a citação. (MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**, Tomo XI, 2ª ed., § 1.193, p. 126). Apesar de tratar do Código Civil de 1916, perfeitamente aplicável ao novo regramento a lição acima. Portanto, a citação válida do processo crime é o marco inicial de eventual interrupção do prazo da prescrição aquisitiva.

²⁵² RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião**, volume 1, 4. ed., São Paulo, Saraiva, 2006, fl. 728.

²⁵³ CASTRO DO NASCIMENTO, Tupinambá Miguel. **Usucapião**, 5ª ed., p. 115. Ainda o mesmo autor: "A oposição deve ser séria, tempestiva e exercida na área judicializada. A caracterização da oposição nestes limites é obra da jurisprudência e obediência à teoria geral dos direitos reais." (CASTRO DO NASCIMENTO, Tupinambá Miguel. **A ordem econômica e financeira e a nova constituição**, 1ª ed. Rio de Janeiro: Aide, p. 90).

não bastam processos judiciais, citações do possuidor e oposições definidas. O que importa é que a ação tenha seu término com o reconhecimento do direito de quem se opõe. Se a ação é julgada improcedente ao contrário do que se poderia argumentar, declara-se, à saciedade, que a oposição sem existência formal não tinha conteúdo substancial.

O Superior Tribunal de Justiça, pelo voto do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, assim posicionou-se²⁵⁴:

(...) Segundo autorizada doutrina, a oposição a que se refere o art. 550, cc, traduz medidas efetivas 'visando a quebrar a continuidade da posse, opondo a vontade do possuidor uma outra vontade que lhe contesta o exercício dos poderes inerentes ao domínio qualificador da posse.

No mesmo sentido o Tribunal de Justiça do Estado²⁵⁵ do Paraná, acrescentando, ainda, que nem mesmo a oposição judicial com discussão de domínio interrompe a prescrição aquisitiva, quando não for séria:

(...) Comprovados os requisitos do usucapião extraordinário, mister o seu reconhecimento como prescrição aquisitiva que é. 4. A oposição à posse deve ser séria e fundada, a ponto de provocar a mudança de seu titular, pois que caso contrário, simples ingresso de ações, mesmo que se discuta o domínio, não tem o condão de obstar a ocorrência da prescrição aquisitiva, tampouco da ininterruptividade da posse. 5. Logo, neste caso, inaplicável e a regra do art. 923 do Código de Processo Civil.

Em outros julgados, percebe-se que a oposição mediante ações judiciais só afasta a posse mansa e pacífica quando se discute diretamente o domínio ou a posse do bem objeto da usucapião:

CIVIL. REIVINDICAÇÃO. ALEGAÇÃO DE USUCAPIÃO. A oposição à posse, manifestada em ação judicial, desqualifica o tempo de duração do respectivo processo para os efeitos do

²⁵⁴ STJ - REsp 53800 / SP - Quarta Turma - Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira - DJ 02.03.1998 p. 93.

²⁵⁵ TJPR - Processo nº 063795400 – 3ª Câmara Cível - Rel. Rosene Arão de Cristo Pereira - Julg: 29/06/1999.

usucapião²⁵⁶.

(...) A abertura de inventário do imóvel usucapiendo denuncia que os herdeiros se consideram também proprietários ou que não abriam mão do domínio, independentemente de a posse direta ou exclusiva se manter com o autor²⁵⁷.

(...) No mérito, não restou demonstrado pelos contestantes exercício de posse com *animus domini*, não havendo de ser computado para tanto o período em que correu o inventário que deu origem ao condomínio, em cujo curso, inclusive, o postulante exerceu funções de inventariante. Ademais, houve oposição à posse do demandado, promovendo os autores ações visando à obtenção da fração partilhada²⁵⁸.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. EXCEÇÃO DE USUCAPIÃO. ALEGAÇÃO DE POSSE MANSA E PACÍFICA SOBRE O IMÓVEL. AUSÊNCIA DE TAL REQUISITO. OPOSIÇÃO DE MEDIDA JUDICIAL PELO PROPRIETÁRIO. INTERRUÇÃO DO PRAZO LEGAL. RECURSO DESPROVIDO. (...) A prescrição aquisitiva do domínio ou lapso temporal a possibilitar o sucesso da ação de usucapião não ocorre se interrompido por propositura de ação possessória²⁵⁹.

Desta forma, entende-se que a simples citação válida do autor do delito em processo crime não tem o condão de afastar a posse mansa e pacífica sobre o bem, eis que neste processo não se está discutindo a posse ou a propriedade do objeto, mas tão somente se houve ato típico, antijurídico e culpável.

De outro lado, o processo crime, nos crimes citados acima, é iniciado, em sua grande maioria, mediante a propositura de ação penal pública, de iniciativa do Ministério Público, não tendo a vítima qualquer participação nele.

²⁵⁶ STJ, REsp n. 57645/RS, rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 17/6/1999, DJU de 9-8-1999, p. 00165.

²⁵⁷ TJSC, AC n. 98.013020-4, relator Des. Carlos Prudêncio, julgado em 24/11/1998.

²⁵⁸ TJRS, AC n. 70008243636, relatora Des^a Elaine Harzheim Macedo, julgado em 10/8/2004 (sem destaque no original).

²⁵⁹ TJES, AC n. 47030021936, relatora Des^a Catharina Maria Novaes Barcellos, julgado em 02/10/2007.

Mesmo que seja admitido à vítima participar do processo crime como assistente de acusação (art. 268 CPP), ela não questiona a posse ou a propriedade do bem, mas apenas busca a condenação do denunciado.

Nos crimes em que a ação é de iniciativa privada, através da queixa crime promovida pelo ofendido, também não há a interrupção do prazo da prescrição aquisitiva, eis que a vítima, mesmo que titular da ação penal, busca uma sentença penal condenatória, não se opondo da forma exigida pelo artigo 1.238 do Código Civil à posse do acusado.

3.3.4 A Busca e Apreensão²⁶⁰ e a Aquisição por Meios Ilícitos

A busca e apreensão, medida cautelar que inadvertidamente consta no Código de Processo Penal como meio de prova, mescla dois institutos (a busca de um lado e a apreensão de outro).

Explica Cleunice Bastos Pitombo²⁶¹ que a “busca é uma medida instrumental – meio de obtenção de prova – que visa encontrar pessoas ou coisas”. Já a apreensão “é uma medida cautelar probatória, pois se destina à garantia da prova (...) e ainda, dependendo do caso, para a própria restituição do bem ao seu legítimo dono (assumindo assim uma feição de medida assecuratória)”.

O artigo 240, § 1º, alínea “b”, do Código de Processo Penal, autoriza a busca e apreensão para apreender coisas obtidas por meios

²⁶⁰ Ocupa-se o presente trabalho apenas da busca e apreensão por ser a única medida judicial prevista no Código de Processo Penal que pode ser usada para restituir o objeto do crime à vítima proprietária/possuidora, uma vez que a medida assecuratória de sequestro, segundo os artigos 125 e 132 do CPP, visa arrecadar bens imóveis e móveis adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro, não tendo relação com o objeto direto do crime. Já o arresto (art. 137) e a hipoteca legal (art. 134) visam, respectivamente, os bens móveis e imóveis de propriedade do infrator, mas adquiridos de forma lícita.

²⁶¹ BASTOS PITOMBO, Cleunice. **Da busca e da apreensão no processo penal**. 2ª ed., São Paulo: RT, 2005, p. 102.

criminosos. Neste caso há uma oposição direta da vítima do crime quanto à posse exercida pelo infrator, impedindo que a posse mansa e pacífica ocorra.

Conclui Aury Lopes Jr.²⁶² que

as coisas obtidas por meios criminosos, por vezes, se confundem com o próprio corpo de delito. Assim, as coisas subtraídas de alguém no crime de furto ou roubo (quando há violência ou grave ameaça), foram obtidas por meio criminoso, devendo ser buscadas e apreendidas (até para permitir a restituição a seu devido proprietário).

Portanto, valendo-se a vítima deste instrumento processual, poderá impedir que o possuidor/autor do crime possua de forma pacífica e mansa o objeto do ilícito, não ocorrendo, desta forma, a prescrição aquisitiva pela falta de um dos seus elementos, desde que a medida, é claro, seja intentada antes da prescrição aquisitiva.

Resta considerar que a apreensão é cabível para os bens móveis, quando estes forem objetos do crime. Havendo a prática criminosa voltada a bens imóveis (art. 161 *caput* e § 1º, inciso II, art. 171, incisos I e II todos do CP), a apreensão não será a medida cabível, devendo a interrupção da posse mansa e pacífica ser feita exclusivamente na área cível.

3.4 O NÃO EXERCÍCIO DO ACESSO À JUSTIÇA E A USUCAPIÃO

Viu-se no Capítulo primeiro (item 1.4), que o acesso à justiça é um dos fundamentos mais importantes do Estado Democrático de Direito, alçado na constituição como garantia individual.

Caracteriza-se, em regra, como um direito subjetivo do cidadão em requerer a efetiva prestação da tutela jurisdicional ao caso concreto, sendo que no âmbito penal, em algumas situações, como é o caso dos crimes de

²⁶² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. I, 4 ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 689/690.

ação penal pública incondicionada e condicionada, desde que, neste caso, a condição esteja satisfeita, está o Ministério Público obrigado (princípio da obrigatoriedade) a oferecer a ação penal, caso reconheça a existência da materialidade e indícios de autoria.

Já nos crimes de ação penal privada o direito subjetivo é a regra absoluta, sendo iniciada a ação penal somente pela iniciativa do ofendido.

Destarte, o que se vê na prática são vítimas de crimes contra o patrimônio passível de ser usucapido que não exercem seu direito de requerer a tutela jurisdicional no âmbito penal, ficando restritos ao direito civil, mais precisamente nos interditos possessórios.

Isto é fácil de ser percebido no crime de alteração de limites²⁶³, em que a vítima prefere recorrer às medidas de proteção à posse, sequer informando (através da notícia crime) a autoridade policial ou o órgão do Ministério Público, já que no caso do artigo 161 *caput*, o crime é de ação penal de iniciativa pública incondicionada.

Com mais razão ainda quando ocorre o esbulho possessório²⁶⁴ com emprego de violência, situação em que a ação penal é de iniciativa pública incondicionada ou quando ocorre o esbulho sem o emprego de violência, passando a ação penal a ser de iniciativa privada, através da queixa crime.

Relegar a segundo plano o direito penal como instrumento capaz de interromper o prazo prescricional e recuperar o bem objeto do crime,

²⁶³ Art. 161 - Suprimir ou deslocar tapume, marco, ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória, para apropriar-se, no todo ou em parte, de coisa imóvel alheia.

²⁶⁴ Art. 161 (...);

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

II – invade, com violência à pessoa ou grave ameaça, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório.

§ 3º Se a propriedade é particular, e não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

pode custar ao ofendido a perda da propriedade pela ocorrência da prescrição aquisitiva, pois não se pode esquecer que a sentença penal condenatória transitada em julgado faz coisa julgada no cível²⁶⁵.

De outro lado, um dos efeitos da sentença penal condenatória é a devolução do bem objeto do crime à vítima, sem falar na busca e apreensão²⁶⁶, instrumento capaz de recuperar o bem independentemente de posse nova (menos de ano e dia) ou posse velha (mais de ano e dia)²⁶⁷, medida que pode ser requerida dentro do prazo prescricional do crime²⁶⁸.

É certo que há posicionamentos no sentido de que o processo crime não é capaz de interromper o prazo prescricional para fins de usucapião, conforme visto alhures. Por outro lado, também é certo que o posicionamento esposado acima não é pacífico e o não exercício, pelo ofendido, da notícia crime, da representação e da queixa crime facilitará e até mesmo contribuirá para que o prazo prescricional não seja interrompido.

Nestes casos o mais adequado seria a vítima fazer valer o direito de acesso à justiça e oferecer ação penal contra o autor do delito (por meio da queixa crime), representar criminalmente para que a ação penal possa ser oferecida pelo Ministério Público ou, pelo menos, levar o fato a conhecimento da autoridade competente, através da notícia crime, para futuro oferecimento da ação penal.

Também é de bom alvitre que a vítima requeira a busca e apreensão do objeto do crime (desde que seja móvel), ocasião em que terá, agora sim, condições de interromper o prazo prescricional para fins de usucapião.

²⁶⁵ Conforme Artigo 63 e seguintes do Código de Processo Penal.

²⁶⁶ Nos casos de bens móveis.

²⁶⁷ Sob a ótica do Direito Civil a posse nova autoriza a concessão de medida liminar em ação possessória, enquanto a posse velha não.

²⁶⁸ Pelo artigo 109, inciso VI, do Código Penal, o menor prazo de prescrição é de 3 anos, o que favorece a vítima, que tem um prazo maior para poder ingressar com a medida na área penal e conseguir uma liminar, se comparado com a área cível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação teve como objeto o estudo da propriedade ilícita e a análise do *jus puniendi* e a prescrição aquisitiva, sendo norteado pelo raciocínio de que a propriedade adquirida de forma ilícita autoriza a aplicação do direito de punir, mas também possibilita a aquisição do bem, através da usucapião, pelo autor do delito ou pelo terceiro de boa-fé.

Para se chegar ao pretendido foi necessária a construção de três capítulos, os quais, apesar seus próprios objetivos, visaram a transdisciplinaridade entre os ramos do direito privado (posse, propriedade e usucapião) e a lógica do sistema repressivo estatal.

O capítulo primeiro teve por campo de pesquisa a lógica do direito de punir, vista a partir do sujeito que põe a norma e do sujeito destinatário da norma. Constatou-se, também, que no Estado Absoluto o sistema repressivo servia para proteger os interesses do clero e da nobreza. Já no Estado Liberal a repressão penal era instrumento de proteção dos interesses da burguesia, enquanto no Estado Social e no Estado Democrático de Direito, apesar da socialização dos direitos, a repressão estatal se identifica, em sua maior parte, com a manutenção do sistema produtivo liberal, na intenção de manter o *status quo* dominante. O sistema penal, de forma mais lenta que outros ramos do direito, ainda está se amoldando às características do Estado Democrático de Direito. Isto se deve à dificuldade de se romper com os laços liberais, tendo em vista a falta de vontade do legislador em modificar o sistema auto-protetivo.

Assim, sob o ponto de vista do destinatário da norma, é fácil perceber que em algumas situações a legislação que ordena o direito de punir não apresenta uma lógica aceitável, tendo em vista que o sistema repressivo tendencialmente busca eleger determinada parcela social como “cliente”, sendo, invariavelmente, menos favorecida econômica, financeira e culturalmente, a qual obtém do sistema repressivo uma resposta muito mais “agressiva” do que

os integrantes das outras classes sociais, além de, em consequência disso, privilegiar-se a proteção da propriedade em detrimento à vida.

Já pelo ângulo dos que detém o controle legislativo, o sistema penal se apresenta de forma lógica e racional, uma vez que se torna um “eficaz” instrumento de controle social e manutenção da estrutura do poder, ao manter às margens da sociedade os considerados “impuros”, bem como excluir aqueles que se encontram inseridos nela, mas que com ela não se identificam.

Por fim, ficou demonstrado que o sistema penal sempre foi utilizado como um instrumento protetor dos interesses dos grupos sociais dominantes, tendo como exemplo a proteção/punição dos crimes contra a propriedade com mais intensidade do que os crimes contra a vida, resquícios do Estado Moderno Liberal.

Também foi verificada a lógica do *jus puniendi* a partir da teoria, no campo da Teoria do Delito e feita uma rápida análise no direito de acesso à justiça na seara penal.

O capítulo segundo teve por campo de pesquisa o direito real e os caracteres da posse, tema de suma importância, pois sem o conhecimento do direito real e da posse não se atingiria o alvejado, isto é, parte do objeto deste trabalho, a usucapião.

Dentro do direito real privilegiou-se a propriedade, analisando-se a função social, a inserção social, os limites e as restrições imposta a este direito real por excelência.

A posse teve por estudo seus efeitos, sua natureza jurídica e suas teorias, finalizando-se este capítulo com a abordagem sobre as espécies de prescrição tanto no direito civil (extintiva, intercorrente e aquisitiva ou usucapião), quanto no direito penal (pretensão punitiva e pretensão executória).

Derradeiramente se alcança o capítulo terceiro, onde se procurou responder as hipóteses levantadas, iniciando-se com a prescrição aquisitiva e as causas de interrupção e suspensão da prescrição. Em seguida abordou-se a aquisição da propriedade, com ênfase para a usucapião para, na sequência, verificar-se a possibilidade de usucapir bens adquiridos ilicitamente, bem como a repercussão da sentença penal condenatória transitada em julgado na prescrição aquisitiva.

Também foi observado se a busca e apreensão interfere na contagem do prazo para fins de usucapião e a relação entre o não exercício do acesso à justiça penal e a usucapião.

Terminado o trabalho proposto, isto é, a descrição dos capítulos, entende-se não só por conveniência, mas também pelo prumo metodológico, ressaltar alguns itens que correspondem aos problemas e as hipóteses que se formularam na introdução.

Tinha-se como primeiro problema se os bens adquiridos mediante conduta criminosa podem ser usucapidos pelo autor do crime? Como resposta a este problema pensava-se o seguinte: Para a usucapião a legislação exige como um dos requisitos a posse de boa-fé, a qual não se apresenta quando o bem é adquirido mediante crime. Mesmo quanto à usucapião extraordinária, em que não se exige a boa-fé, entendia-se que a aquisição, por ter sido feita de forma ilícita, gerava uma posse precária para sempre, impedindo a satisfação dos demais requisitos, quais sejam a posse mansa e pacífica.

Assim, por outro viés, destaca-se que a legislação pátria admite a usucapião, pelo próprio autor do crime, de bens adquiridos ilicitamente. Para isso, mister que a usucapião seja a extraordinária, independente de justo título e boa-fé, e o autor do delito transforme a posse que era precária em posse mansa, pacífica e contínua. Ficou demonstrado, também, a possibilidade de transformar a posse precária em posse para fins de usucapião. Verifica-se neste momento que a primeira hipótese não restou comprovada. Assim, pode-se afirmar

que a legislação pátria admite a usucapião, pelo próprio autor do crime, de bens adquiridos ilicitamente, desde que seja por meio da usucapião extraordinária.

Por sua vez o segundo problema que se tinha era se os bens adquiridos mediante conduta criminosa podem ser usucapidos por terceiro de boa-fé? Sobre o questionamento pensava-se o seguinte: Apesar da aquisição ter sido feito de forma ilícita, o terceiro adquirente, por ser de boa-fé, satisfaz todos os requisitos necessários para usucapir (posse mansa, pacífica, contínua, com justo título e boa-fé). Deste raciocínio será plausível a usucapião ordinária, inclusive. Esta hipótese foi confirmada, tendo em vista que se admite a usucapião, pelo terceiro de boa-fé, de bens adquiridos ilicitamente. Neste caso, a usucapião poderá ser, inclusive, a ordinária (com justo título e boa-fé), desde que para a contagem do prazo prescricional o terceiro não some a posse anterior, precária, à sua.

Quanto ao terceiro problema formulado, pretendia-se saber se a sentença penal condenatória transitada em julgado, que tem como um de seus efeitos a devolução do objeto do crime à vítima, pode impedir a prescrição aquisitiva? Pensava-se que a sentença penal condenatória que determine a devolução do bem ao ofendido interromperia o prazo da prescrição aquisitiva. Esta hipótese restou parcialmente comprovada, uma vez que a sentença penal condenatória transitada em julgado somente impedirá a aquisição originária da propriedade se ocorrer antes da prescrição aquisitiva. Se ocorrer posteriormente ao prazo prescricional, prevalecerá o direito de usucapião.

A pesquisa demonstra que o assunto relacionado às hipóteses levantadas está longe de pacificar-se, não havendo um posicionamento firme dos tribunais pátrios, ou até mesmo doutrinário, especialmente no tocante a terceira hipótese.

Já quanto ao tema relacionado ao primeiro capítulo, ficou demonstrada a necessidade de se aproximar o direito posto do direito pressuposto (parafraseando Eros Roberto Grau), no que concerne ao sistema

repressivo estatal, que a toda evidência privilegia a proteção de uma camada social em detrimento daquela que se encontra às margens da sociedade.

O assunto fica em aberto, tanto com relação às hipóteses, como no que se refere à lógica do sistema repressivo estatal, exigindo pesquisas mais aprofundadas que possam diminuir as indagações que ainda persistem.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Posse**: evolução histórica. v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **A detenção no direito civil brasileiro**. In Posse e Propriedade: doutrina e jurisprudência. Coord. Yusseff Said Cahali – São Paulo: Saraiva, 1987.

ALVIM, Arruda. Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais. In: CAHALI, Yussef Said. **Posse e propriedade**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

AMARAL, Augusto Jobim do. **Violência e processo penal**: crítica transdisciplinar sobre a limitação do poder punitivo. RL: Editora Lumen Juris, 2008, p. 49/50.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista dos Tribunais**. Ano 49, vol. 300. São Paulo: RT, 1960.

ARONNE, Ricardo. **Código civil anotado** – direito das coisas – disposições finais e legislação especial selecionada. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**: Reais. 5. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

BASTOS PITOMBO, Cleunice. **Da busca e da apreensão no processo penal**. 2ª ed., São Paulo: RT, 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

_____ **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros, 2003.

BESSONE, Darcy, **Da Posse**, São Paulo: Saraiva, 1996.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. 9 ed., Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1957.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Teoria de direito penal: parte geral, volume 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999 (reimpressão 2006).

BRASIL. Código Penal (1830). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 05 de janeiro de 2010.

BRASIL. Código Penal (1890). Decreto n. 847 de 11 de outubro de 1890. Disponível em <http://www.ciespi.org.br/base_legis/legislacao/DEC20a.html>. Acesso em: 05 de janeiro de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 881270, março de 2010, www.stj.jus.br/noticia, acesso em 10 de abril de 2010

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 53800/SP - Quarta Turma - Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira - DJ 02.03.1998 p. 93.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 57645/RS, rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 17/6/1999, DJU de 9-8-1999, p. 165.

BRASIL. Tribunal de Alçada do Paraná. AC nº 85.5930-4, Rel. Juiz Celso Guimarães, DJPR 09/05/97.

BRASIL. Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. Ac. unân. da 5ª CC, de 29.8.96 - Ap. 196.096.911 - Rel. Juiz Jasson Torres.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível nº 3486095.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. AC n. 47030021936, relatora Desª Catharina Maria Novaes Barcellos, julgado em 02/10/2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível nº 132.947-7.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC n. 70008243636, relatora Desª Elaine Harzheim Macedo, julgado em 10/8/2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação com Revisão nº 906363-0/7 – julgamento em 29/11/05.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação cível nº 2002.020040-4, de São Francisco do Sul. Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC n. 98.013020-4, relator Des. Carlos Prudêncio, julgado em 24/11/1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed., Coimbra: Almedina, 2004.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CAPPELA, Juan Ramón. **Fruto Proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CARNEIRO, Maria Francisca. **O conceito de lógica e sua relação com o direito**. Revista Bonijuris, nº 558, maio/10, Curitiba.

CASTRO DO NASCIMENTO, Tupinambá Miguel. **A ordem econômica e financeira e a nova constituição**, 1ª ed. Rio de Janeiro: Aide.

_____ **Posse e propriedade**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1986.

_____ **Usucapião**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder, **Ética**, São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CONDE, Francisco Muñoz. **Direito penal e controle social**. RJ: Forense, 2005.

COPETTI, André. *Racionalidade Constitucional Penal Pós-88* Uma análise da legislação penal face ao embate das tradições individualistas coletivistas. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, [et. al] (orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CORDEIRO, Menezes A. **Direitos Reais**. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993.

_____ **A posse**: perspectivas dogmáticas actuais. - 2. ed. - atualizada. Coimbra: Almedina, 1999.

COSTA, Dilvanir José da. **Posse no Direito Civil**, RT 757/710.

CUNHA GONÇALVES, Luis da. **Da propriedade e da posse**. Lisboa: Edições Ática, 1952.

CURY URZÚA, Henrique. **Derecho penal** – parte general. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1982.

DIAS, Luciano Souto. Uma nova concepção acerca do conceito de prescrição na legislação civil brasileira . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1282, 4 jan. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9352>>. Acesso em: 25 jun. 2010.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao código de processo civil**. v. 7, t. 3, Rio de Janeiro, Forense, 1980.

FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito**. Os juízes em face dos novos movimentos sociais. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**: una discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

_____ **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta. 2001.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____ **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**, n.º 7, disponível em http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno_artigos/arquivo42.pdf, acessado em 04/02/2010.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. v. 1 t. I., 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 1972.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios, **Dos Vícios da Posse**, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2008.

GONÇALVES, Paulo Roberto. **Direito civil brasileiro**. v. 5, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

JHERING, Rudolf von. **Teoria Simplificada da Posse**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. 1ª ed. Campinas: Russell Editores, 2005.

LONGO, Adão. **O direito de ser humano**, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. I, 4 ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1995.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MARTIGNETTI, Giuliano. Propriedade. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PAQUINO, Gianfranco (Org.). **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varriale ET AL. Brasília, DF: Ed. Universidade de Brasília, 2004.

MARTINS, Flávio Alves. **Boa-fé e sua formalização no direito das obrigações Brasileiro**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: Sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.

MELO. Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Fabris Editor/CPGD-UFSC, 1994, p. 128.

MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. **Doutrina e Prática das Obrigações**. tomo I. 4º ed., aumentada e atualizada pelo juiz José de Aguiar Dias, Rio de Janeiro: Forense, 1956.

MENDONÇA FILETI, Narbal Antônio. **A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social**. Florianópolis: Conceito Editora, 2009.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**, publicado na Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre. Nota Dez, nº 01/2001.

_____ **O papel do novo juiz no processo penal**: Renovar: Rio de Janeiro.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAIS, José Bolzan; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do Estado**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita**: repensar a reforma, reformar o pensamento. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

NEQUETE, Lenine. **Da prescrição aquisitiva** (usucapião). 3 ed., Porto Alegre: Ajuris, 1981.

OLIVEIRA, Álvaro Borges de. **Uma definição de propriedade**. Pensar (UNIFOR), v. 13, nº 1, 2008.

OLIVEIRA, Álvaro Borges de; BORDERES, Kenia Bernardes. **Propriedade, domínio, titularidade, posse e detenção**. Revista Jurídica - CCJ/FURB, v. 13, nº 25, p. 99 - 107, jan./jul. 2009.

OLIVEIRA, Álvaro Borges de Oliveira; MACIEL, Marcos Leandro. **O estado da arte das teorias possessórias**. Revista Jurídica - CCJ/FURB. v. 11, nº 22, p. 112 - 127, jul./dez. 2007.

_____ **A Natureza jurídica da posse**: um estudo conforme suas quatro dimensões. *Ciência Jurídica*, v. 141, p. 275-289, 2008.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007.

_____ **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 8 ed. rev. Florianópolis: OAB/SC Editora - co-edição OAB Editora, 2003.

PINTO, Nelson Luiz e PINTO, Tereza Arruda Alvim. **Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Usucapião**, São Paulo: RT.

PECES-BARBA MATÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**: teoria general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das Coisas**. 1. ed. atual. Campinas: Russel Editores, 2003.

PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PILATI, José Isaac. **Função social e tutelas coletivas**: contribuição do direito romano a um novo paradigma. Sequência. Florianópolis, nº 50, p. 49/69, jul. 2005.

_____. **Aspectos práticos do processo de usucapião na ilha de Santa Catarina após a Emenda Constitucional 46/2005**. Palestra ministrada na OAB/SC em 25/10/2005.

PONTES, Tito Lívio. **Da Posse**, 3ª ed., São Paulo: Iterlex, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Parte especial, tomo XI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1.º a 120. 7. ed. rev. e., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

QUINE, Willard von. **O sentido da nova lógica**. 2 ed., Curitiba: Editora da UFPR, 1996.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**, São Paulo: Saraiva, 1986.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. 2 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião**, volume 1, 4. ed., São Paulo, Saraiva, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROXIN, Claus. **Derecho penal** – parte general. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

RUGGIERO, Roberto de – **Instituições de Direito Civil**. v. 2. trad. da 6ª ed. Italiana, 1ª ed. trad. São Paulo: Bookseller, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang, **Direitos fundamentais e proporcionalidade**: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria penal. In: Revista da Ajuris, ano XXXV, n. 109, Porto Alegre, mai. 2008.

SCHELER, Max. **Da reviravolta dos valores**, trad. de Marco Antônio dos Santos Casa Nova, Petrópolis: Vozes, 1994.

SILVA, José Geraldo da. **Teoria do crime**. Campinas: Bookseller, 1999.

SINGER, Paul. *A cidadania para todos*. In: PINSKI, Jaime; PINSKI, Carla Bassanezi (orgs.). **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003.

SOARES, Fernando Luso. Ensaio sobre a posse como fenômeno social e instituição jurídica. In RODRIGUES, Manuel. **A posse**: estudo de direito civil português. 3. ed. revista, anotada e prefaciada por Fernando Luso Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1980, p. XCVI/XCVII.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política & teoria do estado**. 5 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito Penal e Constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. São Paulo: Peirópolis, 2002.

VARELA, Antunes. **Direito das Obrigações**: conceito, estrutura e função da relação obrigacional, fontes das obrigações, modalidades das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

VARELA, Laura Beck. **A tutela da posse entre abstração e autonomia: uma abordagem histórica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

VERON, Eliseu. **A produção do sentido**. São Paulo: Cultrix, 1980.

WALD, Arnoldo. **Direito das Coisas**. 11 ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral, 2 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.