

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO**

**APLICAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE: O DIREITO
REAL DE USO DAS FACHADAS DE IMÓVEIS**

SÉRGIO LUIZ GONÇALVES

Itajaí-SC 2014

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO**

APLICAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE: O DIREITO REAL DE USO DAS FACHADAS DE IMÓVEIS

Sérgio Luiz Gonçalves

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico 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 2014

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor e Orientador Dr. Álvaro Borges de Oliveira, por ter aceito o encargo de me conduzir na elaboração deste trabalho.

Ao Professor Doutor Paulo Márcio Cruz e demais Mestres pelos ensinamentos e atenção dispensados.

Ao Centro Universitário de Brusque – UNIFEBE, que oportunizou a mim e aos colegas de trabalho Gislane, Ivan, Raquel, Schmitz e Eliana, que trilhássemos este caminho na busca de um engrandecimento em nossa capacitação e que fortaleceu nossos laços de amizade.

Por fim a Deus, que me deu força e disposição para enfrentar esta jornada.

DEDICATÓRIA

Dedico este mestrado as minhas filhas Bárbara e Analu, como forma de incentivo para trilharem o caminho dos estudos e da academia, agradecendo os momentos de apoio e a minha esposa Heloisa, pelo incentivo e carinho, que foram de suma importância na minha vida.

Em especial ao meus, pais Idalécio e Laudir, que sempre comprometeram seus esforços para que Eu pudesse ter um boa educação, e assim galgar melhores oportunidades na vida.

“Não precisamos de mais dinheiro, não precisamos de mais sucesso ou fama, não precisamos do corpo perfeito, nem mesmo do parceiro perfeito, agora mesmo, neste momento exato, dispomos da mente, que é todo o equipamento básico de que precisamos para alcançar a plena felicidade”.

Dalai Lama

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 Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, (*dia*) de de 2014.

Sérgio Luiz Gonçalves

Mestrando

ROL DE CATEGORIAS

Entende-se como necessária a apresentação de Rol de Categorias¹ que demonstram os Conceitos Operacionais² (COP) importantes para a uma boa e agradável leitura do presente trabalho.

Função Social: Na doutrina de José Diniz de Moraes, “função social é a satisfação de uma necessidade³” que pressupõe, uma relação com um bem apto a satisfazê-la na esfera jurídica de um sujeito. De certo modo, as qualificações pública, social ou individual dependerão da natureza das necessidades a serem satisfeitas⁴.

Função Social da Propriedade: Eros Roberto Grau ensina que “O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte de imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer – ao detentor do poder que deflui da propriedade”.⁵

Função Social da Posse: Admitir a função social da posse é admitir direito subjetivo ao não-proprietário de, através da terra, obter uma vida digna, assegurando um patrimônio mínimo, ou seja, uma existência autônoma.⁶

¹ “Categoria é a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma ideia”. (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 25).

² “Conceito Operacional (=COP) é uma definição para uma palavra e expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos”. (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** teoria e prática. p. 50).

³ MORAES, José Diniz de. **A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 89.

⁴ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 110.

⁵ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 277.

⁶ ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio** – reexame sintético das noções nucleares de Direitos Reais. Rio de Janeiro: Renovar. 1999.

Direitos Reais: Os direitos reais compreendem a relação entre os indivíduos e os bens da vida que o cercam, sejam corpóreos, incorpóreos, fungíveis, infungíveis e os demais, cobrindo uma gama de possibilidades de bens com os quais possa o indivíduo se relacionar em sua esfera dominal.⁷

Direitos Fundamentais: No entendimento de Canotilho⁸ os direitos fundamentais são um elemento alicerçador para a realização do princípio democrático, visto que possuem uma função democrática, já que o exercício democrático do poder emana a contribuição de todos os cidadãos para o seu exercício como também acarreta participação livre para exercer tal direito.

Direito das Coisas: O direito das coisas é o complexo das normas reguladoras das relações jurídicas concernentes aos bens corpóreos suscetíveis de apropriação pelo homem. Coisa é o gênero do qual bem é espécie. É tudo que existe objetivamente com exclusão do homem.⁹

Direito de Propriedade: Entende-se, portanto, que direito de propriedade é o conjunto de direitos atribuídos ao detentor do título que o qualifica como proprietário, ao passo que direito à propriedade seria um direito subjetivo de ser detentor de um título de propriedade, com todos os direitos nele reunidos.¹⁰

Estado Democrático de Direito: Habermas leciona que: “A idéia do Estado de direito pode ser interpretada então como a exigência de ligar o sistema administrativo, comando pelo código do poder, ao poder comunicativo, estatuidor do direito, e de mantê-lo longe das influências do poder social, portanto, da implantação fática de interesses privilegiados.”¹¹

⁷ ARRONE, Ricardo. **Propriedade e domínio:** reexame sistemático da noções nucleares dos direitos reais. p. 25.

⁸ CANOTILHO, José Joaquin Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 437.

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito das coisas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 9.

¹⁰ WALD, Arnold. **Direito das coisas.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

¹¹ HAMERBAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre facticidade e validade I.** 2. Ed. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário 101, 2003. p. 190.

Propriedade: A propriedade, ao contrário da posse, é situação de fato e de direito em que o proprietário exerce sobre a coisa todos os poderes de usar, gozar e dispor do bem da forma que julgar conveniente, bem como o de reivindicá-lo. Pode-se observar que a propriedade, não mais abarca a ideia de um direito absoluto, pois deixou de ser compreendida como um direito natural.¹²

Posse: Marco Aurélio Viana leciona¹³ que “a posse é uma forma de apropriação de bens, que se caracteriza e justifica, não porque existe a propriedade, mas pelo caráter ativo que apresenta. Há uma realidade de fato que, com frequência, se move ao lado dos esquemas abstratos da lógica, e que impõe ao Direito a necessidade de legitimar certas situações aparentes dotando de alguma eficácia”.

Usucapião: A usucapião é o modo de aquisição originário do domínio pela posse prolongada e inegável, observados os requisitos estabelecidos em lei. A usucapião é a aquisição da propriedade pela posse ininterrupta de determinada coisa por certo lapso temporal prevista em lei.¹⁴

¹² LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹³ VIANA, Marco Aurélio. **Curso de direito civil: direito da coisas**. Belo Horizonte: Dey Rei, 1993. p. 43.

¹⁴ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião**. São Paulo: Saraiva, 1992.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO 1	18
A FUNÇÃO SOCIAL DOS DIREITOS REAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	18
1.1 Dos direitos reais	18
1.2 Dos direitos fundamentais	21
1.3 Direito de propriedade	24
1.4 A função social da propriedade	31
1.5 A função social da posse.....	37
CAPÍTULO 2	48
USUCAPIÃO COMO OBJETO DO DIREITO REAL DE USO.....	48
2.1 Direito das coisas.....	48
2.2 Do objeto usucapião	58
2.3 Conceitos do usucapião	60
2.4 Da usucapião no direito brasileiro.....	69
2.5 Usucapião no código civil	72
CAPÍTULO 3	78
O DIREITO REAL DE USO DAS FACHADAS DE IMÓVEIS	78
3.1 Regulamentação da usucapião de bens imóveis no direito civil brasileiro.	78
3.2 Procedimentos jurídicos da usucapião de bens imóveis	81
3.3 Da ação de usucapião de bens imóveis	82
3.4 Aplicação da usucapião em propriedade imaterial	84
3.4.1 Da usucapião de linhas telefônicas	85

3.4.2 Da usucapião de bens virtuais.....	93
3.5 O direito real de uso das fachadas de imóveis.....	106
CONSIDERAÇÕES FINAIS	108
REFERÊNCIAS.....	1102

RESUMO¹⁵

Esta dissertação tem por objeto o tema a aplicação da função social da posse e o direito real de uso das fachadas de imóveis. Insere-se a presente pesquisa na Área de Fundamentos do Direito Positivo, conforme o Programa de Mestrado em Ciência Jurídica. Para encetar este trabalho trata-se no primeiro Capítulo questões gerais relacionadas à teoria dos direitos reais e fundamentais. Também se assinala a respeito da função social dos direitos reais e direitos fundamentais, ou seja, a função social da propriedade e função social da posse. Sobre a usucapião como objeto do direito real de uso e sobre o direito das coisas e a discussão que passa pela argumentação e estudo sobre a usucapião tendo como escopo sua conceituação, histórico e sua breve apresentação no direito no Brasil e no Código Civil, dedica-se o segundo capítulo. Finalmente, o terceiro capítulo trata do instituto usucapião de bens imóveis e bens virtuais. Ressalta-se acerca da usucapião das linhas telefônicas, usucapião de bens virtuais e o direito real de uso das fachadas de imóveis. As Considerações Finais trazem em seu bojo as respostas às hipóteses levantadas sobre a possibilidade de equiparação do direito real de uso da linha telefônica e do uso do programa de computador às fachadas de imóveis, no que diz respeito à posse e se é possível usucapir a fachada de imóveis. Para as hipóteses levantadas na pesquisa foram apresentadas as seguintes conclusões, por ser tratar de matéria relativamente nova, a doutrina abalizada é ainda bastante escassa, restando a controvérsia presente em teorias de estudos e artigos de jovens escritores que mencionam que há uma possibilidade de equiparação entre os institutos. Com relação à possibilidade de usucapir a fachada de imóveis, esta questão ainda é bastante polêmica, remota e de difícil aplicação.

Palavras-chave: Direitos reais. Direitos fundamentais. Função social. Direito real de uso. Usucapião.

¹⁵ 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.

ABSTRACT

This paper's purpose is subject to application of the social function of ownership and the right of use of the facades of buildings. Is part of this research in the area of Foundations of Positive Law, as the Master's Program in Legal Science. To start work on this it is the first chapter general issues related to the theory of real and fundamental rights. Also notes about the social function of the real and fundamental rights, namely the social function of property and social function of ownership. On adverse possession as an object of real right to use and on the right things and the discussion that goes through argumentation and study on adverse possession as having scope its conceptualization, its history and brief presentation on the right in Brazil and in the Civil Code, dedicated the second chapter. The third chapter deals with the institute adverse possession of real estate and virtual goods. It is emphasized on the adverse possession of the telephone lines, usurpation of virtual goods and the right of use of the facades of buildings. Final Considerations bring in its wake the answers to the hypotheses raised about the possibility of equalization of real right to use the telephone line and use the computer program to the facades of buildings, with regard to the possession and the façade is possible usucapir property. For the assumptions made in the research the following conclusions were presented, to be dealing with relatively new field, the authoritative doctrine is still quite scarce, leaving this controversy theories of studies and articles from young writers who mention that there is a possibility of equating institutes. Regarding the possibility of usucapir the facade of buildings, this issue is still very controversial, remote and difficult to apply.

Keywords: Real Rights. Fundamental rights. Social function. Right of use. Prescription.

INTRODUÇÃO

A presente Dissertação¹⁶ tem como objeto o estudo¹⁷ da aplicação da função social da posse e o direito real de uso das fachadas de imóveis.

O objetivo institucional¹⁸ da presente Dissertação será a produção de Dissertação de Mestrado para obtenção do Título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica – CMCJ, vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – CPCJ, da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

Enquanto o objetivo geral¹⁹ deste estudo é aplicar a função social da posse do direito real de uso das fachadas de imóveis.

Os objetivos específicos²⁰ serão distribuídos por capítulos da seguinte forma: 1º- Analisar a função social dos direitos reais e direitos fundamentais. 2º- Interpretar a usucapião como objeto do direito real de uso. 3º- Detectar o direito real de uso das fachadas de imóveis.

Uma das ideias que animam o trabalho, como propósito, buscar-se-á delinear brevemente a evolução histórica dos direitos fundamentais, desde os tempos em que o homem começa a ser considerado em sua individualidade até a conquista de uma independência racional que o capacita como sujeito de direito, a

¹⁶ “[...] 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.

¹⁷ “[...] 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.

¹⁸ 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.

¹⁹ “[...] 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

²⁰ 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.

partir de um direito tido como natural até os direitos fundamentais constitucionalizados, considerando-se a função social dos direitos reais e direitos fundamentais.

Para a contextualização do direito de propriedade nos direitos fundamentais, estudar-se-á a propriedade a partir da sua origem em tempos remotos, demonstrando que a sua importância estava em se constituir em meio de subsistência dos grupos, até se caracterizar como objeto de direito individual e absoluto. Para tanto se faz necessário a conjugação dos conceitos de direito de propriedade e direito da posse.

Enfatizar-se-á o tratamento que vem sendo dispensado à função social da propriedade e função social da posse, com especial atenção à Constituição de 1988.

Ao se analisar os direitos reais, percebe-se que ínsito ao seu conteúdo encontra-se o direito das coisas. Para não formular contratempos sociais, o direito das coisas manifesta-se com o intuito de regular o domínio dos seres humanos sobre os bens e o modo de sua utilização econômica.

Dessa forma se dará respaldo ao usucapião como objeto do direito real de uso. O usucapião previsto no artigo 1.238 do Código Civil de 2002 sendo um dos modos originários de aquisição de propriedade.

Dentre deste contexto, o estudo se propõe analisar a possibilidade de recair ao instituto da usucapião sobre os bens imóveis, bens virtuais e o direito real de uso das fachadas de imóveis, sobre os bens incorpóreos, haja vista a ideia arraigada de que a posse não alcança estes bens, mas tão-somente os bens corpóreos. O tema se apresenta bastante propício na atualidade na medida em que se percebe um aumento significativo no número de ações de usucapião de bens imóveis e móveis.

Para a pesquisa buscar-se-á a confirmação da(s) seguinte(s) hipótese(s):

1ª- É possível equiparação do direito real de uso da linha telefônica e do uso do programa de computador às fachadas de imóveis, no que diz respeito à posse.

2ª- É possível usucapir a fachada de imóveis.

Inicialmente, para as hipóteses levantadas na pesquisa foram apresentadas as seguintes argumentações:

1ª- Por ser tratar de matéria relativamente nova, a doutrina abalizada é ainda bastante escassa, restando a controvérsia presente em teorias de estudos e artigos de jovens escritores que mencionam que há uma possibilidade de equiparação entre os institutos.

2ª- Com relação à possibilidade de usucapir a fachada de imóveis, esta questão ainda é bastante polêmica, remota e de difícil aplicação.

Assim, o primeiro capítulo traça questões gerais relacionadas à teoria dos direitos reais e fundamentais. Dessa forma, além de conceituar os direitos reais e direitos fundamentais e apresentar o posicionamento de grandes pensadores sobre o tema, também se assinala a respeito da função social dos direitos reais e direitos fundamentais, ou seja, a função social da propriedade e função social da posse.

O segundo capítulo traça linhas sobre o usucapião como objeto do direito real de uso com informações sobre o direito das coisas, pois, ao se analisar os direitos reais, percebe-se que ínsito ao seu conteúdo encontra-se o direito das coisas. Trata-se também da discussão que passa pela argumentação e estudo sobre o usucapião tendo como escopo sua conceituação, histórico e sua breve apresentação no direito no Brasil.

Finalmente, o terceiro capítulo trata do instituto usucapião de bens imóveis e da propriedade imaterial. Ressaltar-se-á acerca da regulamentação da usucapião de bens imóveis no direito civil brasileiro, dos procedimentos jurídicos da usucapião de bens imóveis, da ação de usucapião de bens imóveis, a aplicação da usucapião em propriedade imaterial considerando-se especificamente o usucapião das linhas telefônicas, usucapião de bens virtuais e o direito real de uso das fachadas de imóveis.

O presente Relatório de Pesquisa se encerrará com as Considerações Finais, nas quais serão sintetizadas as contribuições sobre o tema estudado.

Para realização da presente pesquisa, utilizar-se-á na Fase de Investigação o método dedutivo²¹, na Fase de Tratamento dos Dados o cartesiano²² e, no Relatório da Pesquisa será empregado o método indutivo²³. As técnicas de investigação a serem utilizadas são as do referente²⁴, a de categorias²⁵ e de conceitos operacionais²⁶, a leitura dirigida, o fichamento²⁷ de obras, consultas bibliográficas e na rede mundial de computadores.

Nesta Dissertação as categorias principais estarão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus conceitos operacionais serão apresentados em Rol de Categorias para melhor orientar o leitor acerca de suas significações.

²¹ “Método Dedutivo: [...] estabelecer uma formulação geral e, em seguida buscar as partes do fenômeno de modo a sustentar a formulação geral [...]” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 86).

²² “Método cartesiano: 1. [...] nunca aceitar, por verdadeira, coisa nenhuma que na conhecesse como evidente; isto é, devia evitar cuidadosamente a precipitação e a prevenção; [...]. 2. [...] dividir cada uma das dificuldades que examinasse em tantas quantas parcelas quantas pudesse ser e fossem exigidas para melhor compreendê-las; 3. [...] conduzi-las por ordem os meus pensamentos, começando pelos objetos mais simples e mais fáceis de serem conhecidos, para subir pouco a pouco, como por degraus, até o conhecimento dos mais compostos, e supondo mesmo certa ordem entre os que se precedem naturalmente uns aos outros; 4. [...] sempre enumerações tão completas e revisões tão gerais, que ficasse certo de nada omitir.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 88).

²³ “Método indutivo: pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 86).

²⁴ “Referente é a explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto final desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 54).

²⁵ “Categoria é a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma ideia.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 25).

²⁶ “Conceito Operacional (=Cop) é uma definição para uma palavra e expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 50).

²⁷ Fichamento é “um produto fisicamente concreto, com registros precisos e úteis do que retirou do livro em função de suas necessidades, não dependendo das flutuações de sua memória e não se submetendo integralmente ao que o Autor desejou que ele fixasse ou valorizasse.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 108).

CAPÍTULO 1

A FUNÇÃO SOCIAL DOS DIREITOS REAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 Dos direitos reais

É uma tarefa fastidiosa definir ou delimitar a amplitude dos direitos reais ou direito das coisas como comumente conhecido. Em regra, há que ressaltar a existência de duas correntes que definem os direitos reais, distinguindo-os assim dos direitos pessoais, sendo a teoria clássica ou realista, e a monista ou personalista.

Considerando-se a diferenciação, há, pelo menos, duas formas radicalmente opostas de conceber os direitos reais e de contrapô-los aos direitos pessoais: a teoria clássica ou realista e a teoria moderna ou personalista.

De início, existem autores, filiados às chamadas teorias monistas, que negam a distinção entre direitos reais e direitos pessoais, defendendo sua unificação, sob o fundamento de que entre eles só existiriam diferenças quantitativas ou de grau.²⁸

Os adeptos da teoria monista compreendem que há três elementos, sendo eles o sujeito ativo, o passivo e a coisa. Sendo que: o sujeito ativo é o proprietário, o passivo totaliza a coletividade, e a coisa, que é o objeto sobre o qual recai o direito.

Entendem os seguidores da teoria realista ou clássica que, nos direitos reais apenas existe uma relação entre a pessoa (sujeito ativo), a coisa, e a inclinação do sujeito sobre esta. Já o direito pessoal se distingue por se tratar de

²⁸ CORDEIRO, Menezes A. **Direitos reais**. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993. p. 261.

uma relação entre pessoas, e no caso, há sempre um sujeito ativo, bem como um passivo e a prestação que um deve ao outro²⁹.

Em síntese, para a teoria clássica ou realista, os direitos reais devem ser vistos como um poder direto e imediato sobre a coisa, enquanto os direitos pessoais traduzem uma relação entre pessoas, tendo por objeto uma prestação³⁰.

Ainda que essa prestação seja mediatamente dirigida a um bem, como ocorre nas obrigações de dar, o objeto em si dos direitos pessoais é sempre o comportamento do devedor, diferentemente do que se tem nos direitos reais, pois estes incidem imediatamente sobre a coisa³¹.

Por outro lado, os defensores da teoria moderna ou personalista sustentam, basicamente, que o direito real não reflete relação entre uma pessoa e uma coisa, mas, sim, relação entre uma pessoa e todas as demais.

Os direitos reais³² compreendem a relação entre os indivíduos e os bens da vida que o cercam, sejam corpóreos³³, incorpóreos³⁴, fungíveis³⁵, infungíveis³⁶ e os demais, cobrindo uma gama de possibilidades de bens com os quais possa o

²⁹ CORDEIRO, Menezes A. **Direitos reais**. p. 263.

³⁰ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 11.

³¹ MOREIRA, Álvaro; FRAGA, Carlos. **Direitos reais**: segundo as preleções do Prof. Doutor C.A. da Mota Pinto ao 4º ano jurídico de 1970-71. Coimbra: Almedina, 1971. p. 28.

³² “Denomina-se real a categoria a categoria de direitos subjetivos que ao invés de vincular indivíduos entre si, vincula sujeito com bens. (ARRONE, Ricardo. **Propriedade e domínio**: reexame sistemático da noções nucleares dos direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 26.

³³ Em síntese bens corpóreos são os bens possuidores de existência física, são concretos e visíveis. Podemos destacar alguns exemplos de Bens corpóreos, podem ser: uma janela, casa, automóvel, porta, etc. (FIÚZA, Cezar. **Direito civil**: curso completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.)

³⁴ Os bens Incorpóreos, são bens abstratos que não possuem existência física, ou seja, não são concretos. Exemplos que podemos destacar são aqueles já esposados por César Fiúza, como: direitos autorais, crédito, vida, saúde, liberdade, etc. (FIÚZA, Cezar. **Direito civil**: curso completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.)

³⁵ Bens fungíveis “são aqueles bens que podem ser substituídos por outro da mesma espécie, quantidade e qualidade” São bens que, caso sejam substituídos, terão a mesma destinação econômica-social cereais, dinheiro, gado. Podemos dizer que o dinheiro é bem fungível por excelência. (GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona, **Novo curso de direito civil**, parte geral, 8. ed. V. 1. Saraiva. São Paulo, 2007. p. 265.)

³⁶ Bens Infungíveis são bens que não podem ser substituídos por outros da mesma espécie, quantidade e qualidade. Segundo Nelson Rosendal e Cristiano Chaves de Farias, são “bens insusceptíveis de substituição por outro de igual qualidade, quantidade e espécie”. (FÁRIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil, teoria geral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 356.)

indivíduo se relacionar em sua esfera dominal.³⁷

O mestre Caio Mário da Silva Pereira³⁸ também explica:

[...] No direito real existe um sujeito ativo, titular do direito, e há uma relação jurídica, que não se estabelece com a coisa, pois que esta é o objeto do direito, mas tem a faculdade de opô-la erga omnes, estabelecendo-se desta sorte uma relação jurídica em que é sujeito ativo o titular do direito real, e sujeito passivo a generalidade anônima dos indivíduos [...].

E como adeptos à teoria personalista, os autores Álvaro Moreira e Carlos Fraga³⁹ afirmam:

[...] precisando o conceito de direito real, definimo-lo-emos como o poder de exigir de todos os outros indivíduos uma atitude de respeito pelo exercício de determinados poderes sobre uma coisa, ou, por outras palavras, o poder de exigir de todos os outros uma atitude de respeito pela utilização da coisa em certos termos por parte do titular activo.

Os direitos reais, portanto, são o conjunto de direitos subjetivos que regem as relações entre indivíduos e as coisas, tem por base o direito fundamental, que é o de propriedade.

Ao analisar os direitos reais sob a ótica dos poderes inerentes a cada um daqueles elencados no artigo 1.225 do Código Civil⁴⁰, infere-se que a propriedade é o direito real mais completo, vez que reúne as faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar, todas atribuídas ao titular.

Lembrando mais uma vez que o propósito do presente trabalho não é exaurir o amplo assunto da teoria geral dos direitos reais. Diante dessas premissas, buscar-se-á nesse primeiro capítulo falar sobre os direitos fundamentais, direitos de propriedade relacionando-o com os direitos reais e direitos fundamentais e a função

³⁷ ARRONE, Ricardo. **Propriedade e domínio**: reexame sistemático da noções nucleares dos direitos reais. p. 25.

³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 02-03.

³⁹ MOREIRA, Álvaro; FRAGA, Carlos. **Direitos reais...** p. 38.

⁴⁰ Art. 1.225. São direitos reais: I - a propriedade; II - a superfície; III - as servidões; IV - o usufruto; V - o uso; VI - a habitação; VII - o direito do promitente comprador do imóvel; VIII - o penhor; IX - a hipoteca; X - a anticrese. XI - a concessão de uso especial para fins de moradia; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007). XII - a concessão de direito real de uso. (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007). (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 05 ago. 2014.)

social da posse ou propriedade.

1.2 Dos direitos fundamentais

Para dar continuidade ao desenvolvimento deste estudo, é imprescindível, de início, fazer algumas observações com referência a opção por direitos fundamentais⁴¹, uma vez que outros termos tais como direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos, liberdades fundamentais e direitos fundamentais do homem também estão relacionados e reconhecidos como fundamentais para cada indivíduo⁴².

Jorge Miranda anota a dificuldade em se apontar qual a teoria do direito que justifica os direitos fundamentais. Na verdade, esse problema deriva do fato de que, hoje, quase todas as teorias jurídicas defendem a existência de direitos básicos do ser humano.

Percebe-se, quando da análise do texto das constituições, que os direitos consignados como fundamentais estão intimamente ligados à vida, à liberdade, à igualdade, ou seja, refletem aquilo que é próprio da natureza humana, bens que merecem tutela, aos quais não se pode renunciar.

Compreende-se aqui o entendimento de direitos fundamentais como sendo o eixo de direitos reconhecidos para “assegurar níveis satisfatórios de vida às

⁴¹ Sobre a expressão direitos fundamentais, assim se posiciona o constitucionalista português Jorge Miranda: “Se bem que já empregada no século XIX, a locução 'direitos fundamentais' remonta principalmente à Constituição de Weimar e tende agora a generalizar-se. Usam-na entre tantas, Constituições como a alemã (arts. 1.º e segs.), a moçambicana (arts. 26.º e segs.), a angolana (arts. 17.º e segs.), a espanhola (arts. 10.º e segs.) ou búlgara (arts. 25.º e segs.) - assim como a portuguesa (arts. 12.º e segs.). Explicam este fenómeno o ultrapassar da concepção oitocentista dos direitos e liberdades individuais e, sobretudo, o enlace entre direitos e Constituição. Porque constantes da Lei Fundamental, são os direitos fundamentais aqueles direitos que assumem também a específica função que a Constituição vem adquirindo na Europa e no resto do mundo, ao longo dos últimos cinquenta anos – em resultado de preceitos expressos, do papel proveniente da justiça constitucional e de uma crescente consciência difundida na comunidade jurídica. Se a Constituição é o fundamento da ordem jurídica, o fundamento de validade de todos os actos do Estado (como diz o art. 3.º da Constituição portuguesa), direitos fundamentais são os direitos que, por isso mesmo, se impõem a todas as entidades públicas e privadas (conforme, por seu lado, afirma o art. 18.º) e que incorporam os valores básicos da sociedade.” (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV Direitos Fundamentais, 3. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. p. 51-52).

⁴² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.175.

peçoas”⁴³, considerados aqueles previstos no específico texto constitucional de determinado Estado⁴⁴.

É importante salientar no sentido de que esse Estado⁴⁵ está submetido ao dever de garantia desses direitos, se auto obrigando ao seu respeito e total cumprimento.

Do ponto de vista dos direitos fundamentais, assim declara Bobbio, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político⁴⁶”.

Direitos fundamentais, em suma, são aqueles direitos componentes de um rol mínimo a ser garantido a cada indivíduo de determinado Estado e que figuram na sua Constituição.

De fato a Constituição Federal de 1988 ampliou de modo concebível o campo dos direitos e garantias fundamentais, estabelecendo-se como uma das Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito aos direitos fundamentais⁴⁷

Nota-se que não como há como projetar um Estado democrático sem um listagem de direitos eleitos como fundamentais, como alicerce e base para todos os

⁴³ “[...] Tendo em vista o exposto até aqui, pode-se dizer que os direitos fundamentais são os direitos dos seres humanos enquanto tais, vigentes em uma determinada ordem constitucional, e que indicam a todos (e em especial ao Estado) e em todos os domínios os limites que não podem ser ultrapassados e também os objetivos a serem alcançados no sentido de assegurar níveis satisfatórios de vida às pessoas, aí compreendidos aspectos materiais e imateriais”. (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV Direitos Fundamentais. p. 74).

⁴⁴ “Estado: é compreendido como uma Sociedade organizada que dispõe poder para promover o bem de seus membros, que se define como bem público, sob a forma de governantes e governados”. (AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à ciência política**. 2. ed. São Paulo: Globo, 2008. p. 53.)

⁴⁵ Está aqui se referindo ao Estado de Direito, cujo significado pode ser buscada nas palavras de Celso Bastos: “O Estado de Direito consiste na existência de uma ordem jurídica capaz de enunciar e tutelar os direitos de cada cidadão. Devem existir também direitos que protejam o cidadão das arbitrariedades do Estado, ou seja, deve haver direitos contra o próprio Estado. Vale dizer que o Estado de Direito está subordinado apenas ao direito.” (BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 162.)

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Studatti. 2. ed. Bauru: Edipro, 2003.

⁴⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. p. 25.

demaís direitos conferidos pelo ordenamento jurídico. É dessa forma que preconiza Sarlet⁴⁸.

Miranda⁴⁹ menciona que não existe direitos fundamentais em Estado totalitário. Não há verdadeiros direitos fundamentais sem que os indivíduos estejam em relação imediata com o poder com benefícios de um estatuto comum e não separados em razão dos grupos ou das condições a que pertençam.

Pressupõe-se que a limitação do poder estatal é pressuposto do Estado democrático de direito, uma vez que democracia é o governo do povo, soberano e detentor do poder. Isso é previsto no parágrafo único do artigo 1º da CF/88: “Parágrafo único: Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

No entendimento de Canotilho⁵⁰ os direitos fundamentais são um elemento alicerçador para a realização do princípio democrático, visto que possuem uma função democrática, já que o exercício democrático do poder emana a contribuição de todos os cidadãos para o seu exercício como também acarreta participação livre para exercer tal direito.

No clássico livro “Curso de Direito Constitucional”, Paulo Bonavides ao tratar da conceituação de direitos fundamentais, menciona a caracterização dada por Konrad Hesse sobre os direitos fundamentais: “[...] criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam”.⁵¹

Há uma estreita relação com a dignidade humana e a liberdade como fundamentos para a fruição dos direitos fundamentais.

⁴⁸ “Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituído, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material. (SALET, Ingo Wolfgang. **A eficiência dos direitos fundamentais**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 70).

⁴⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV Direitos Fundamentais. p. 7.

⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 437.

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. São Paulo: Mallheiros, 2004. p. 560.

De fato, o ordenamento jurídico brasileiro tratou de dar aos direitos fundamentais lugar privilegiado na Constituição Federal, elegendo seu artigo 5º⁵² como *locus* para enumeração desses direitos.

A priori, frisar-se-á o direito de propriedade como direito fundamental tão essencial para a abordagem pretendida neste estudo. *A posteriori*, desenvolver-se-á a temática da função social da propriedade.

1.3 Direito de propriedade

Com relação a propriedade Nietzsche⁵³ faz o seguinte comentário:

Os pais fazem dos filhos, involuntariamente, algo semelhante a eles, a isso denominam 'educação', nenhuma mãe duvida, no fundo do coração, que ao ter seu filho, pariu uma propriedade; nenhum pai discute o direito de submeter o filho aos seus conceitos e valorações.

Telga de Araújo⁵⁴ elucida que para a Igreja, a propriedade não é uma função social a serviço do Estado.

Notadamente, a ideia de propriedade privada, tanto em Roma como nas cidades gregas, estava estritamente ligada à religião, à adoração do deus-lar, integrando a esfera mais íntima da família. A casa, o campo, a sepultura, estavam ligados aos laços de sangue familiares.⁵⁵

Na lição de Fustel de Coulanges, a família está ligada ao altar e este à terra. Fixada a família no solo, instalava-se ali o lar e seus respectivos deuses,

⁵² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 ago. 2104.)

⁵³ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **O viajante e sua sombra**. Tradução de Antonio Carlos Braga e Ciro Nioranza. São Paulo: Escala, 2007. Título original: *Der Wanderer und sein Schatten*. Especificamente: p. 17 a 23; 29 a 51.

⁵⁴ “pois assenta sobre um direito pessoal que o próprio Estado deve respeitar e proteger. Mas tem uma função social subordinada ao bem comum. É um direito que comporta obrigações sociais”. (ARAÚJO, Telga. A propriedade e a sua função social. In: LARANJEIRA, Raymundo (coord.). **Direito agrário brasileiro**. São Paulo: LTr, 1999. p. 159.)

⁵⁵ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 8.

conferindo um caráter sagrado à posse e à propriedade.⁵⁶

Posteriormente, após perder o caráter divino do direito antigo, a propriedade ganhou novo fundamento no século XVIII, que inspirou o constitucionalismo liberal. Transformou-se numa garantia fundamental de liberdade do cidadão.⁵⁷

De acordo com os ensinamentos de Eroulths Cortiano Junior o Código Civil Alemão de 1900, quando estabelece que o proprietário de uma coisa pode proceder com ela segundo seu critério e excluir os outros de toda intromissão, parece afastar-se do modelo frances, mas não deixa de receber a ideia de que a propriedade é uma conjugação. Além disso, o Código Civil Alemão eleva a propriedade ao seu mais alto grau de abstração: o direito se desinteressa das formas pelas quais o proprietário exerce sua titularidade e seus poderes.⁵⁸

Entende-se que a tendência predominante é no sentido de construir a propriedade expressão e garantia da individualidade humana.⁵⁹ Caio Mário da Silva Pereira, por exemplo, adota a definição, afirmando que “a propriedade é o direito de usar, gozar e dispor da coisa, e reivindicá-la de quem injustamente a detenha”.⁶⁰

Francisco Cardozo Oliveira menciona que a propriedade compreende a apropriação individual ou coletiva de coisas. A apropriação que integra a propriedade tem natureza social e econômica. Mesmo que apropriação de coisas ocorra por ato individual, ela apenas se torna possível em sociedade e a partir da existência de relações sociais. O pressuposto da apropriação é a existência do outro.

É pela presença do outro que é medida a disponibilidade da coisa para a

⁵⁶ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. p. 8.

⁵⁷ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. p. 9

⁵⁸ JUNIOR, Eroulths Cortiano. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 103.

⁵⁹ “É condição de existência e de liberdade de todo homem que, sem ela, não poderia obter desenvolvimento intelectual e moral. Na frase célebre de Nietzsche, a propriedade não passa de um prolongamento dos instintos de alimentação e caça. Dizendo de outro modo, a propriedade tem como fundamento o direito à liberdade, entendido no sentido de livre e sobretudo justo acesso à utilização dos bens, mecanismo capaz de prover o desenvolvimento máximo da pessoa e sua dignidade”. (LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. p. 11-12).

⁶⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direitos reais**: instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1970. p. 8.

apropriação. “Algo que é permanente disponível não exige apropriação. Com a limitação da disponibilidade, faz-se necessária a apropriação”.⁶¹

De acordo com os ensinamentos de Figueiredo direito de propriedade é o direito de dispor de algo de modo pleno, independentemente de ter a sua posse de fato⁶².

Sendo assim, conforme Junior menciona, para a funcionalização da propriedade importam também a qualidade e quantidade dos bens, se sua destinação, que será determinada conforme a situação e função do bem. Por isso, o exercício dos poderes proprietários é variável e não cabe mais no abstrato modelo de usar, fruir e gozar. Bens de produção ou de consumo, móveis e imóveis, imóveis rurais e urbanos, riqueza material ou imaterial, todos tem diversos regimes proprietários⁶³.

Há uma trajetória de conceitos, partindo de um sistema fechado até um sistema aberto. No entendimento de Loureiro⁶⁴, os conceitos tradicionais Cíveis, que seguem os modelos da segunda e terceira codificação (francesa e alemã), ou seja, inspirados no positivismo.

Já os conceitos contemporâneos mesmo que não haja um consenso, veem 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 que serão vistos adiante.

O vínculo existente entre o conceito de propriedade e o de seu direito de propriedade é tão intenso que alguns juristas não hesitam em amalgamá-los⁶⁵.

A propriedade em conceito tradicional é vista como puro direito subjetivo, tal categoria fundamental como o poder que a ordem jurídica confere a alguém de

⁶¹ OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 115.

⁶² FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental**. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 52.

⁶³ JUNIOR, Eroulths Cortiano. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. 2002. p. 158.

⁶⁴ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. p. 37.

⁶⁵ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental**. 2008. p. 50.

agir e de exigir de outrem determinado comportamento.

Destarte, Loureiro⁶⁶ assegura que a propriedade constitucional com sua implicação sobre o direito comum deve ser vista como uma via de mão dupla pela qual se movimentam simultaneamente direitos e deveres.

No Código Civil, no artigo 524, não há uma definição de propriedade, mas uma descrição das prerrogativas asseguradas ao proprietário. Assim, dispõe a norma que a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.⁶⁷

Nossas Constituições anteriores afirmaram a propriedade como direito inviolável, na esteira do artigo 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.⁶⁸

No histórico constitucional é interessante notar que o inciso XXII do artigo 179 da Constituição Imperial⁶⁹ ditava: “É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude”.

O artigo 72, §17 da Constituição Republicana de 1891⁷⁰, dispunha que “propriedade mantém-se em toda a sua plenitude [...] As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria”. Garantia, portanto, similarmente, o direito de propriedade, marcado pelo individualismo. O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

⁶⁶ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. p. 50-51.

⁶⁷ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. p. 37.

⁶⁸ “Art. 17.^o Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização”. (Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 08 ago. 2014.).

⁶⁹ BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Carta de Lei de 25 de março de 1824. Disponível em: <<http://www.monarquia.org.br/pdfs/constituicaodoimperio.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2014.

⁷⁰ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 06 ago. 2014.

Já a Constituição de 1934 trouxe importante inovação, ao afirmar, ainda que de modo indireto, a função social da propriedade. O seu artigo 113⁷¹, 17, dispunha: “É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á mediante prévia e justa indenização”.

A Constituição de 1937⁷² marcou um retrocesso em relação ao texto anterior. No artigo 122, n° 14, apenas assegurou o direito à propriedade e fez vaga referência que seu conteúdo e limites seriam definidos nas leis que regulassem o seu exercício. Desapareceu a menção, assim, os interesses social e coletivo.

A Constituição de 1946 foi mais objetiva, exigindo que o uso da propriedade estivesse condicionado ao bem-estar social.⁷³

A Constituição Federal de 1967⁷⁴ e a Emenda Constitucional nº. 1 dotaram a propriedade de uma função social, o que se repetiu com a Constituição brasileira de 1988, que assegura, em seu artigo 5º, inciso XXII, o direito à propriedade e posteriormente, nos princípios da ordem econômica, consagra a função social.

Como direito fundamental, também a propriedade estará garantida, ou seja, no que concerne ao direito de propriedade, o direito fundamental de igualdade

⁷¹ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 08 ago. de 2014.

⁷² BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 08 ago. 2014.

⁷³ “Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior. Art 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos (BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 06 ago. 2014.)

⁷⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 06 ago. 2014.

não exatamente conduz a um direito à propriedade, como se poderia deduzir de uma interpretação literal do caput do artigo 5º da CF/88. Isto posto se verifica logo pelo texto do inciso XXII do mesmo artigo, que se refere ao direito de propriedade, e não ao direito à propriedade como disposto no caput, dispositivos estes que se volta a citar, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXII - é garantido o **direito de propriedade**; (grifo do autor).

Entende-se, portanto, que direito de propriedade é o conjunto de direitos atribuídos ao detentor do título que o qualifica como proprietário, ao passo que direito à propriedade seria um direito subjetivo de ser detentor de um título de propriedade, com todos os direitos nele reunidos.

O código civil brasileiro apresenta em seu artigo 1228⁷⁵, parágrafo 1º, que o direito de propriedade pode ser exercido de acordo com a sua função social.

A propriedade, ao contrário da posse, é situação de fato e de direito em que o proprietário exerce sobre a coisa todos os poderes de usar, gozar e dispor do bem da forma que julgar conveniente, bem como o de reivindicá-lo. Pode-se observar que a propriedade, não mais abarca a ideia de um direito absoluto, pois deixou de ser compreendida como um direito natural⁷⁶.

Ou seja, tanto o entendimento civilista como constitucionalista de

⁷⁵ 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.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.**)

⁷⁶ “[...] o caráter absoluto do direito de propriedade, na concepção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (segundo a qual seu exercício não estaria limitado senão na medida em que ficasse assegurado aos demais indivíduos o exercício de seus direitos), foi sendo superado pela evolução, desde a aplicação da teoria do abuso do direito, do sistema de limitações negativas e depois também de imposições positivas, deveres e ônus, até chegar-se à concepção de propriedade como função social [...]” (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 272.).

propriedade é no sentido, de que a propriedade não é um direito absoluto, e sofre várias restrições. Em outros países, como por exemplo, Alemanha, Itália, e Espanha a propriedade também é limitada pela função social.

Por causa destas restrições há doutrinadores como Ferrajoli⁷⁷ e Peces-Barba⁷⁸, que entendem, que a propriedade não pode ser mais considerada direito fundamental.

Luigi Ferrajoli defende que propriedade não é direito fundamental, criticando expressamente Locke, que inclui esta entre os direitos fundamentais. O conceito operacional da categoria propriedade utilizada por Ferrajoli é o mesmo usado pela CRFB/88, ou seja propriedade no sentido amplíssimo como sinônimo de patrimônio, incluindo portanto os obrigações.

Peces-Barba entende, que os direitos fundamentais devem ser gerais, aplicáveis para todos. Argumenta que, como a propriedade é escassa não pode ser garantida a todos, e por tanto não pode ser direito fundamental. Descreve:

Finalmente, será igualmente un resultado importante del proceso de generalización la progresiva toma de conciencia de que la propiedad no puede ser una pretensión justificada, base ética de um derecho fundamental, porque no se puede extender a todo el mundo, y eso es un privilegio, pero al carecer de la generalidad, no un derecho igual de todos los seres humanos: no cabe por razones de escasez y porque no existen bienes libres para alcanzar la igualdad como equiparacion, aplicar la técnica de la igualdad como diferenciación para equiparar en el punto de llegada⁷⁹.

Como Peces-Barba se refere à escassez de bens, parece que ele entende propriedade no sentido de propriedade material, porque a propriedade imaterial é ilimitada.

O poder de usar consiste na utilização da coisa, que é feita a favor dos interesses do proprietário. Cumpre salientar que o uso é um poder de efeitos

⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta. 2001.

⁷⁸ 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: Dykinson/Universidad Carlos III, 1998.

⁷⁹ 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: Dykinson/Universidad Carlos III, 1998. p. 170.

permanentes, pois a sua fruição não importará em prejuízo da substância da coisa, permitindo, assim, o uso contínuo. Dessa forma, caberá ao proprietário aproveitar de todas as funções que a coisa se presta.⁸⁰

Ainda se extrai de Silva⁸¹ que:

Essa evolução implicou também a superação da concepção da propriedade como direito natural, pois não se há de confundir a faculdade que tem todo indivíduo de chegar a ser sujeito desse direito, que é potencial, com o direito de propriedade sobre um bem, que só existe enquanto é atribuído positivamente a uma pessoa, e é sempre direito atual, cuja característica é a faculdade de usar, gozar e dispor dos bens, fixada em lei.

Nem sempre a terra teve o valor que tem atualmente. Entretanto, com o passar do tempo, “houve consolidação nos ordenamentos jurídicos dos mais diversos países a garantia dada à acumulação de bens tão característica do capitalismo ocidental, assegurando o direito à propriedade (art. 5º, XXII), mas acrescenta que ela ‘atenderá sua função social’ (art. 5º, XXIII)”.⁸²

O próprio texto constitucional, defensor da propriedade privada, não abarca tal posição de forma extrema. A limitação a este direito consta também da referida norma, vez que registrada a necessidade de se atender à função social.

1.4 A função social da propriedade

Com o passar dos anos, diante de todos os anseios sociais por uma justa distribuição de riquezas e, ainda, pela necessidade social de que o Estado interviesse nessas questões, o direito de propriedade deixou de ser absoluto para se tornar relativo.

O doutrinador Farias⁸³ menciona seu entendimento como uma necessária

⁸⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**.

⁸¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 272.

⁸² “A propriedade é conceituada como direito real subjetivo de usar, gozar, dispor e reivindicar o bem de quem o possua ou detenha injustamente, com o dever correlato de fazê-lo, levando em conta o bem-estar social, conceito este, disposto pela função social da propriedade”. (OLIVEIRA, Álvaro Borges de; DANI, Felipe André; BARROS, Débora Sabetzki. **As reservas legais e as áreas de preservação permanente como limitadoras do direito de propriedade e sua destinação econômica**. p. 2.).

⁸³ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direitos reais**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 235/236.

reflexão acerca da importância da função social imposta aos direitos subjetivos:

É até mesmo redundante indagar acerca de uma função social do direito, pois pela própria natureza das coisas qualquer direito subjetivo deveria ser direcionado ao princípio da justiça e bem-estar social. Porém, o individualismo exacerbado dos últimos dois séculos deturpou de forma tão intensa o sentido do que é direito subjetivo, que foi necessária a inserção do princípio da função social nos ordenamentos contemporâneos para o resgate de um valor deliberadamente camuflado pela ideologia então dominante.

Dessa forma, atualmente, o direito brasileiro criou o instituto da função social da propriedade. Esse instituto condiciona o exercício do direito de propriedade ao cumprimento da função social, pois não será admitida a subutilização dos bens, desvinculada de qualquer compromisso social e econômico.

Como já dito anteriormente, na própria Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, XXII e XXIII, que dispõe acerca dos direitos e garantias individuais, estão consagrados o direito da propriedade, bem como a especificação de que a propriedade cumprirá a função social, restando comprovada a adoção desse princípio por todo o ordenamento jurídico vigente.⁸⁴

Na obra de Bessone⁸⁵ está sintetizada a teoria que levou à criação do instituto da função social da propriedade.

Riccitelli⁸⁶ assenta ainda que:

Restou destarte, evidente a preocupação do legislador constitucional confirmada pelo correspondente legislador codificador do novo Código Civil de 2002, em, por um lado afirmar a função social da propriedade como um

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**.

⁸⁵ “As concepções individualistas da propriedade partem do pressuposto da harmonização do interesse individual com a utilidade geral. A teoria da função social da propriedade nega essa harmonia, considerando-a ilusória. Pretende que tal função não se acha ligada à função individual, isto é, ao serviço que a coisa presta ao indivíduo isoladamente e enquanto tal. São dois planos independentes, o do interesse individual e o do interesse social, ainda que este tenha por fim último também o indivíduo, mas não certo indivíduo, ou uns poucos indivíduos, mas, sim, o maior número de indivíduos. Então, as coisas devem ser colocadas a serviço da maioria, do bem comum. Só na medida em que não interessarem ao plano social (bens de consumo ou de uso pessoal) é que se justificará a propriedade privada como uma forma harmonizável com os interesses coletivos”. (BESSONE, Darcy. **Direitos reais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 47.)

⁸⁶ RICCITELLI, Antônio. **Função social da propriedade**. Lopes Pinto Advogados, 2004. Disponível em: <<http://www.lopespinto.com.br/adv/publier4.0/texto.asp?id=373>>. Acesso em: 09 ago. 2014. p. 5.

direito fundamental, uma cláusula pétrea, por outro demonstrar o cuidado em não interferir no anterior e secular direito de propriedade. Nesse diapasão, a previsão legal constitucional, sobre o direito de propriedade, disposta juntamente com os direitos à vida, à liberdade e à igualdade, presentes, já no caput do art. 5º do Código Supremo vigente, em franca consonância com os incisos XXII e XXIII do mesmo artigo, não garante direito ilimitado ao proprietário para usar, gozar e dispor da coisa, previsto pelo art. 1.228 do novo Código Civil. [...] apesar de exercer papel limitador, em virtude da necessidade de atender o interesse coletivo sobre o direito à propriedade, considerado erga omnes, não deve a função social excedê-lo.

Entende-se, destarte, que o direito de propriedade também não pode ser menor que a função social, ambos devem se manter harmonicamente, de forma a não se oporem. Concepção já superada de que a função social se sobrepõe ao direito imbuído no proprietário.

Compreende-se também a lição de que:

Mas é certo que o princípio da função social não autoriza a suprimir, por via legislativa, a instituição da propriedade privada. Contudo, parece-nos que pode fundamentar até mesmo a socialização de algum tipo de propriedade, onde precisamente isso se torne necessário à realização do princípio, que se põe acima do interesse individual.⁸⁷

O princípio da função social apenas atua quando de sua necessidade, para a resolução de conflitos em que figuram a vontade do particular proprietário confrontando com a coletividade. A crítica do autor é oportuna, ao passo que esclarece que pertence tal questão ao direito que regula a atividade econômica.

Do ponto de vista econômico Chalhoub⁸⁸ visualiza o surgimento deste instituto:

[...] com o crescimento dos mercados e a massificação do consumo, fica cada vez mais nítida a função social da propriedade, vale dizer, a exigência de que o exercício da propriedade se faça conforme o interesse da coletividade. Aqui se observa claramente o distanciamento entre a teoria individualista da propriedade, em que o proprietário exercia seu direito do modo mais absoluto possível, nos termos da concepção radical do Código Napoleão, e a nova concepção, que privilegia o aspecto funcional da propriedade.

⁸⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 284.

⁸⁸ CHALHUB, Melhim Namem. **Propriedade Imobiliária: função social e outros aspectos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 10-11.

A função social é instituto necessário ao desenvolvimento, porém tem recebido interpretações tendenciosas, contrariando, assim, a natureza do princípio.

Relevante frisar o que se quer abordar neste estudo, que houve a necessidade ditada por imperativos econômicos e éticos de adequação do conteúdo da propriedade as novas relações sociais. No que concerne à Igreja Católica um importante papel nessa evolução conceitual. “As idéias tomistas do bem fecundo e do bem comum converteram-se no direito moderno, nas noções de produtividade e uso condicionado ao bem estar social”.⁸⁹

Para a Igreja a propriedade não é uma função social a serviço do Estado, pois que assenta sobre um direito pessoal que o próprio Estado deve respeitar e proteger. Tem função social, está subordinada ao bem comum.

Na doutrina de José Diniz de Moraes, “função social é a satisfação de uma necessidade⁹⁰” que pressupõe, uma relação com um bem apto a satisfazê-la na esfera jurídica de um sujeito. De certo modo, as qualificações pública, social ou individual dependerão da natureza das necessidades a serem satisfeitas⁹¹.

O conceito de função social revolucionou a exegese jurídica de valores como liberdade e propriedade. No sistema individualista, a liberdade é entendida como o direito de fazer tudo o que não prejudica a outrem e, portanto, também o direito de não fazer nada. De acordo com a teoria da função social, todo indivíduo tem o dever social de desempenhar determinada atividade, de desenvolver da melhor forma possível sua individualidade física, intelectual e moral para com isso cumprir sua função social da melhor maneira⁹².

Na lição de Silva⁹³ a norma que contém o princípio da função social da

⁸⁹ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. p. 107.

⁹⁰ MORAES, José Diniz de. **A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 89.

⁹¹ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. p. 110.

⁹² FIGUEIREDO, Ghilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental**. 2008. p. 83.

⁹³ “É de aplicabilidade imediata, como são todos os princípios constitucionais” uma vez que, segundo o eminente constitucionalista, “interfere com a estrutura e o conceito da propriedade, valendo como regra que fundamenta um novo regime jurídico desta, transformando-a numa instituição de Direito Público [...]”. (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10 ed. São Paulo: Malheiros. 1995. p. 282.)

propriedade incide imediatamente.

Destarte contrapôs os legisladores novamente em confrontar o modelo capitalista ocidental, principalmente estadunidense, que apresenta um forte senso de propriedade unifinalista: a produção com acumulação de capital. Esta diversificação por influência francesa buscou alinhar a um ideário libertário derivado da revolução francesa: igualdade, liberdade e fraternidade⁹⁴.

Notadamente que a propriedade é um direito que não pode ser utilizado de forma individualista, devendo satisfazer aos interesses da coletividade mediante a destinação para a sua função social, conforme previsão constitucional atual. Disto deflui o fato de a propriedade que não cumprir a sua função social, não terá garantia constitucional, e que o seu proprietário não deverá ter assegurada a defesa nas ações possessórias.

Relevante frisar, que a função social da propriedade se transforma em obrigação social para o proprietário. Neste sentido, ainda a doutrina de Eros Roberto Grau.

O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte de imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer – ao detentor do poder que deflui da propriedade⁹⁵.

Destarte, a concepção de função social da propriedade está presente na filosofia positivista, que leva sempre o ponto de vista social em oposição à noção de

⁹⁴ “A função social (da propriedade) está integrada, pois ao conteúdo mínimo do direito de propriedade, e dentro deste conteúdo está o poder do proprietário de usar, gozar e dispor do bem, direitos que podem ser objetos de limitações que atentem a interesses de ordem pública ou privada. [...] A função social da propriedade assume dois relevantes aspectos, [...] o primeiro, se referindo aos aspectos estático da propriedade, da sua apropriação, estabelecendo limites para a extensão e aquisição da propriedade por parte do proprietário. O segundo, legitimando a obrigação de fazer ou de não fazer, incidindo diretamente sobre atividade de desfrute e de utilização do bem e condicionando a estrutura do direito e o seu exercício”. (ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002. p. 53-54).

⁹⁵ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 277.

direitos individuais. “O conceito de função social da propriedade não guarda, porém, qualquer afinidade com o pensamento socialista, seja na obra de Comte, seja na de Duguit”.⁹⁶

Para Grau⁹⁷, o princípio da função social da propriedade determinou profundas alterações estruturais da interioridade do conceito jurídico-positivo de propriedade, de modo que hoje mais adequado será falar em propriedade-função social e não mais em propriedade tão-só.⁹⁸

A propriedade sempre foi justificada como modo de proteger o indivíduo e sua família contra as necessidades materiais, ou seja, como forma de prover a sua subsistência. Acontece que na civilização contemporânea, a propriedade privada deixa de ser o único, senão, o melhor meio de garantia de subsistência individual e familiar. Em seu lugar aparecem, sempre mais, a garantia de emprego e salário justo e as prestações sociais devidas ou garantidas pelo Estado, como a previdência contra os riscos sociais, a educação e a formação profissional, a habitação, o transporte e o lazer.⁹⁹

Outro esclarecimento acerca da propriedade urbana no artigo 182, vinculando a função social de tal propriedade ao cumprimento das exigências contidas no plano diretor da cidade, conforme determina o artigo 182¹⁰⁰.

Além disso, a Lei n° 10.257, de 10 de julho de 2001¹⁰¹, cuida de

⁹⁶ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental**. 2008. p. 84.

⁹⁷ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 2002.

⁹⁸ “Importa nestas condições a verificação de que a propriedade deve cumprir uma função social não apenas o rompimento da concepção tradicional, de que a sua garantia reside exclusivamente no direito natural, mas também a conclusão de que, mais do que meros direitos residuais (parcelas daquele que em sua totalidade contemplava-se no *(utendi, fruendi et abutendi, na plena in re potestas)* o que atualmente divisamos nas formas de propriedade impregnadas pelo princípio, são verdadeiras propriedades função social e não apenas, simplesmente, propriedades”. (FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental**. 2008. p. 97).

⁹⁹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 2002. p. 235.

¹⁰⁰ “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (...) § 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.)

¹⁰¹ BRASIL. **Lei n° 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm>. Acesso em: 09 ago. 2014.

disciplinar a disposição contida no artigo 182 supra, estabelecendo em seu artigo 2.º as diretrizes gerais da política urbana, com vistas a ordenar “o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana”. E diz a referida Lei, em seu artigo 39¹⁰².

Destarte, consideramos a função social da propriedade como o princípio que deve ser cada vez mais prestigiado na aplicação do direito como instrumento único capaz de atenuar as desigualdades e injustiças que podem ser legitimadas em nome do direito de propriedade, que é tido como fundamental.

1.5 A função social da posse

Inicialmente a função social da posse é um instrumento recente, e veio satisfazer uma necessidade social e econômica. Razão pela qual não deve ser confundido com a função social da propriedade, assim como sua utilização na doutrina e jurisprudência. Também enfatiza-se a ocorrência e interpretação da função social da posse na legislação.

Sem embargo, pode-se dizer que a posse vem atender o princípio da dignidade da pessoa humana. Esta afirmação será trabalhada no decorrer da pesquisa, em momento oportuno. Entende-se, também que a função social da posse é não uma limitação ao direito de posse. A posse tem como valores sociais a vida, a saúde, a moradia, igualdade e justiça¹⁰³.

Com relação à posse Rafael Egídio Leal Silva discorre: “O capital é o trabalho acumulado pelo capitalista, sob a forma e meios de produção, produzidos pelo trabalho. A terra não é produto do trabalho humano, pois tem sua origem no envelhecimento da crosta terrestre. É um bem finito que não pode ser

¹⁰² “Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei”. BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.**

¹⁰³ SILVA, Rafael Egídio Leal e. **Função social da propriedade rural: aspectos constitucionais e sociológicos.** Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v, 37, ano 9, out./dez. 2001b.p.259.

reproduzido”¹⁰⁴.

Ressalta-se que o homem natural, perceptor do que é provido pela natureza, como a terra e o que nela é posta, e considerando a não utilização de alguns itens que nele estão dispostos, mesmo sem propriedade, pode deles usufruir em posse, mesmo precária.

[...] este gérmen da funcionalização social do instituto da posse é ditado pela necessidade social, pela necessidade da terra para o trabalho, para a moradia, enfim, necessidades básicas que pressupõem o valor de dignidade do ser humano, o conceito de cidadania, o direito de proteção à personalidade e à própria vida. Por isso pode-se dizer que a função social da posse não é limitação ao direito de posse. É sim, exteriorização do conteúdo imanente da posse, permitindo uma visão mais ampla do instituto, de sua utilidade social e de sua autonomia diante de outros institutos jurídicos como o do direito de propriedade. A posse possui como valores sociais a vida, a saúde, a moradia, igualdade e justiça¹⁰⁵.

Marco Aurélio Viana ensina que ao dizer que possuidor é quem tem de fato o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes ao domínio “é uma visão tímida que submete a posse à propriedade, em abordagem que se cristalizou no direito romano, quando lá a posse tinha razões históricas e práticas diversas da que informa o mundo moderno”.¹⁰⁶ O mesmo autor ainda destaca:

A posse é uma forma de apropriação de bens, que se caracteriza e justifica, não porque existe a propriedade, mas pelo caráter ativo que apresenta. Há uma realidade de fato que, com frequência, se move ao lado dos esquemas abstratos da lógica, e que impõe ao Direito a necessidade de legitimar certas situações aparentes dotando de alguma eficácia. O Direito não se move apenas no leito da lógica jurídica. Intuitivamente o homem percebe que a riqueza tem um sentido social também. E, entre quem utiliza, dá ao bem uma destinação econômico-social, e aquele que, tendo título, mantém-se inerte, a consciência social faz opção pelo que atende os anseios sociais.¹⁰⁷

Toma-se, também, neste estudo como exemplo as duas perspectivas apresentadas por Savigny, com uma perspectiva subjetiva de posse e a teoria apresentada por Jhering, contraposta a de Savigny com um enfoque mais objetivo.

¹⁰⁴ SILVA, Rafael Egídio Leal e. **Função social da propriedade rural: aspectos constitucionais e sociológicos**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. 2001b.p.259.

¹⁰⁵ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002. p. 12.

¹⁰⁶ VIANA, Marco Aurélio. **Curso de directo civil: direito da coisas**. Belo Horizonte: Dey Rei, 1993. p. 43.

¹⁰⁷ VIANA, Marco Aurélio. **Curso de directo civil: direito da coisas**. 1993. p. 50-51.

Para Savigny:

A posse é o poder de dispor fisicamente da coisa, com ânimo de considerá-la sua e defendê-la contra a intervenção de outrem. Encontram-se, assim, na posse dois elementos: um elemento material, o corpus, que é representado pelo poder físico sobre a coisa; e, um elemento intelectual, o animus, ou seja, o propósito de ter a coisa como sua, isto é, o animus rem sibi habendi. Os dois elementos são indispensáveis para que se caracterize a posse, pois se faltar o corpus, inexistirá relação de fato entre a pessoa e a coisa; e, se faltar o animus, não existe posse, mas mera detenção¹⁰⁸.

O conceito de posse de Savigny orientou-se pela noção de *animus domini* que teria sido concebida quando já se desenvolvia em Roma a concentração da propriedade. Ele retomou a concepção de posse do período pós-clássico do direito romano, despida de seus elementos fáticos. Esta circunstância facilitou a aproximação conceitual entre posse e direito de propriedade¹⁰⁹.

Para Jhering:

Considera que a posse é a condição do exercício da propriedade. Critica veementemente Savigny, para ele a distinção entre corpus e animus é irrelevante, pois a noção de animus já se encontra na de corpus, sendo a maneira como o proprietário age em face da coisa de que é possuidor. A lei protege todo aquele que age sobre a coisa como se fosse o proprietário, explorando-a, dando-lhe o destino para que economicamente foi feita. Em geral, quem assim atua é o proprietário, de modo que, protegendo o possuidor, quase sempre o legislador está protegendo o proprietário.¹¹⁰

Jhering aprofundou a distância entre a noção jurídica de posse e os elementos da realidade fática ao conceber a posse como ato que exprime a visibilidade da propriedade, embora a sua teoria se pretenda crítica em relação a de Savigny¹¹¹.

Sendo assim, são dois conceitos que se antepõem, mas se complementam, destacando quanto à sua qualificação extraíndo-se dois considerados importantes para o entendimento da tese aqui aludida.

a) A posse é clandestina quando se oculta a ocupação da coisa;

¹⁰⁸ FIGUEIRA JR, Joel Dias. **Novo Código Civil Comentado**. Coordenador: Ricardo Fiúza. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 1095-96

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. 2006. p. 88.

¹¹⁰ FIGUEIRA JR, Joel Dias. **Novo Código Civil Comentado**. p. 1096.

¹¹¹ OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. 2006. p. 89.

b) É de boa fé a posse, se o possuidor ignora o vício ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito possuído; e em seu parágrafo único: O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção.

A importância da distinção entre uma espécie de posse e a outra é muito significativa, tendo em vista a variedade de seus efeitos no que tange aos frutos percebidos, benfeitorias, etc.

E uma terceira já apontada anteriormente é a chamada *Possessio Naturalis*, que no Direito Clássico, era posse caracterizada pela simples detenção da coisa, isto é, pelo seu elemento material, não produzindo consequências jurídicas¹¹².

Sem negar a importância do trabalho desenvolvido para o direito moderno, as teorias da posse de Savigny e de Jhering não foram capazes de identificar, no campo jurídico, o fundamento da independência da posse em relação à propriedade.¹¹³

O ordenamento pátrio, embora não expresse literalmente que a posse tem uma função social a ser respeitada, deixa claro, em vários institutos, que não há como negar sua funcionalização. E, pode-se elencar a dogmática jurídica materializadora da função social da posse nos artigos 1.238¹¹⁴, parágrafo único, 1.239¹¹⁵, 1.240¹¹⁶, e, 1.242¹¹⁷, parágrafo único do Código Civil.

¹¹² OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. 2006.

¹¹³ OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. 2006.

¹¹⁴ “Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis. Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo”. (BRASIL. **Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002.**)

¹¹⁵ “Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade”. (BRASIL. **Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002.**)

¹¹⁶ “Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1o O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2o O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez”. (BRASIL. **Lei n° 10.406, de 10 de**

No artigo 1.239, do Código Civil, temos a usucapião especial de imóvel rural, que traz como um dos requisitos a fixação de residência na área e a produção, ou seja, a função social da posse. No artigo 1.240, do Código Civil, temos a usucapião especial urbana, onde um dos requisitos é a moradia do requerente e sua família; e, por fim o artigo 1.241, parágrafo único, do Código Civil, aborda o justo título decorrido da posse unida ao tempo.

Percebe-se nos artigos 1.238 e 1.242, do Código Civil, a redução dos prazos para a usucapião extraordinária e ordinária, respectivamente, nos casos envolvendo bens imóveis, em relação ao Código Civil anterior. Na usucapião extraordinária o prazo é reduzido de 15 (quinze) para 10 (dez) anos; e, na ordinária de 10 (dez) para 5 (cinco) anos.

Entende-se que nos dois casos pode-se dizer que a redução acontece diante da situação da posse trabalho para os casos em que aquele que tem a posse, utiliza o imóvel com intuito de moradia, ou realiza obras e investimentos de caráter produtivo, com relevante caráter social e econômico pode usucapí-lo. Essas reduções estão de acordo com a solidariedade social, com a proposta de erradicação da pobreza e, especificamente, com a proteção do direito à moradia, prevista no artigo 6º da CF/88¹¹⁸.

Também não se pode deixar de lembrar os parágrafos 4º e 5º do artigo 1.228, do Código Civil, onde o dispositivo do parágrafo quarto elenca a perda da propriedade, ou seja, o proprietário é privado da coisa esbulhada em troca de uma indenização a título de desapropriação indireta em favor de um terceiro; e, o parágrafo quinto aborda as questões referentes ao pagamento da indenização e o registro da sentença. Como se pode ver essa desapropriação judicial é dada pela

janeiro de 2002.)

¹¹⁷ “Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos. Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico”. (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.**)

¹¹⁸ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**)

posse-trabalho que demonstra, mais uma vez, a função social da posse.

Destarte a posse é um instituto jurídico que vem satisfazer uma necessidade, seja ela individual ou coletiva; é a utilização de um bem segundo sua destinação econômico-social. Isto posto no redimensionamento do usucapião do Código Civil de 2002, bem como na Constituição Federal, nos meios alternativos de utilização de bens e no atendimento à dignidade da pessoa humana.

Aronne¹¹⁹ afirma que isto se desdobra no direito inerente da pessoa humana de ter um patrimônio mínimo, justificando a proteção possessória a quem cumpre a função precípua da terra: gerar riqueza. Admitir a função social da posse é admitir direito subjetivo ao não-proprietário de, através da terra, obter uma vida digna, assegurando um patrimônio mínimo, ou seja, uma existência autônoma.

Pode-se elencar aqui duas grandes relevâncias da função social da posse:

- a) Todo homem tem seu direito natural do uso dos bens e da apropriação individual desses bens através do instituto posse, visando atender à necessidade individual como também para proporcionar vantagens para o bem comum;
- b) A importância é dada, não só pelo contato do homem com a terra, mas pelo aproveitamento do solo pelo trabalho de acordo com as exigências pessoais e sociais, transformando a natureza em proveito de todos.

Fachin elucida que as funções sociais da posse e da propriedade não se confundem. Notadamente, a função social da posse apresenta-se em plano distinto a da propriedade¹²⁰.

¹¹⁹ ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio** – reexame sintético das noções nucleares de Direitos Reais. Rio de Janeiro: Renovar. 1999.

¹²⁰ “A função social é mais evidente na posse e muito menos evidente na propriedade, que mesmo sem uso, pode se manter como tal. A função social da propriedade corresponde a limitações fixadas no interesse público e tem finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção da reação anti-individualista. O fundamento da função social da propriedade é eliminar da propriedade privada o que há de eliminável. O fundamento da função social da posse revela o imprescindível, uma expressão

Nesse contexto, a posse torna-se um dos elementos intrínsecos formadores da função social da propriedade, mas por si só não basta para se ver atendida a função social da propriedade. Alvim Neto salienta que:

Ao falar em função social da posse, está implicada uma disputa de espaço – desenvolvida no curso do tempo – com relação ao direito de propriedade. Ou seja, ao falar-se em função social da posse, não é incomum significar-se o prestígio de uma situação possessória, em detrimento de uma situação de domínio, pois em parte essa é uma faceta – das muitas outras – da função social da propriedade.¹²¹

Apesar da função social da posse ser trabalhada apenas com princípios constitucionais positivados isso não a torna menos importante que a função social da propriedade, por exemplo, mas não devemos confundir os institutos, pois eles são autônomos e independentes.

Tanto a propriedade como a posse podem existir isoladamente. Só que a propriedade sem a posse é como um recipiente vazio, tendo em tal situação econômica e social limitadas. “A propriedade sobrevive sem o exercício da posse, de forma abstrata com base no título aquisitivo. A posse não sobrevive sem a realidade de sua existência, não sendo razoável imaginar posse meramente abstrata”.¹²²

Então, a posse, como conteúdo do direito, é indispensável à propriedade para que esta cumpra sua função social e receba a proteção do sistema. A posse em si mesma é importante para a sociedade, pois é através dela que o homem tem possibilidade de atender necessidades vitais, como a moradia e cultivo¹²³.

Desta forma, a função social ser mais evidente na posse e muito menos na propriedade, que mesmo sem o uso pode manter-se como tal. A propriedade sem a posse é mera abstração jurídica, uma linha tênue de existência, o registro imobiliário na propriedade imóvel e tal propriedade só despertarão interesse

natural da necessidade”. (FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e da propriedade contemporânea uma perspectiva da usucapião imobiliária rural**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 18-20.)

¹²¹ ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. **Comentários ao código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

¹²² TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**. Um confronto em torno da função social. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 303.

¹²³ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**. Um confronto em torno da função social. 2007. p. 304.

econômico se estiver caracterizado que, num determinado tempo, o titular terá a plena propriedade, pois do contrário é absurdo imaginar que alguém a adquira.¹²⁴

Nota-se que todas as normas que tratam especificamente da função social da propriedade devem ser lidas como complementares à proteção que a Constituição oferta à pessoa humana e instrumentalizadoras dessa mesma proteção¹²⁵.

Notoriamente, a função social é um elemento essencial definidor do próprio direito de propriedade e não um técnica jurídica limitativa do exercício dos poderes proprietários, podendo-se afirmar que não há propriedade sem função social. “Equivale dizer: o proprietário que não faz cumprir a função social da propriedade não merece a tutela que é atribuída ao proprietário que utiliza sua propriedade de forma adequada ao interesse social”.¹²⁶

Seguindo outra linha de pensamento, Carlos Marés afirma que na realidade: “quem cumpre a função social não é a propriedade, que é um conceito, uma abstração, mas a terra, mesmo quando não alterada antropicamente, a ação humana ao intervir na terra, independentemente do título de propriedade que o Direito ou Estado lhe outorgue. Por isso a função social é relativa ao bem e ao seu uso e não ao direito”.¹²⁷

Notadamente, estas ponderações sugerem a necessidade, tal como se fez com a propriedade, de uma releitura do fenômeno possessório, com os olhos voltados para a realidade de nosso tempo.¹²⁸

¹²⁴ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**. Um confronto em torno da função social. p. 303.

¹²⁵ JUNIOR, Eroulths Cortiano. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 184.

¹²⁶ JUNIOR, Eroulths Cortiano. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. p. 184.

¹²⁷ MARÉS, Carlos. A função social da Terra. apud TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**. Um confronto em torno da função social. p. 310.

¹²⁸ “A falta de exercício da posse efetiva pelo proprietário, isto é, o exercício da posse *“solo animo”* (quando não for propriedade que cumpra função social individual), como por exemplo num terreno urbano que o titular mantém cercado e vez por outra livra-se do mato e de entulhos e lixos (quando faz isso) que causam insalubridades na vizinhança com infestação de mosquitos, ratos, mau cheiro, etc. Eis aqui um elemento de constatação objetiva de falta de exercício da função social da propriedade, mas, além de indicativo da falta de cumprimento de um mandamento legal, outro dado sobressai: o objetivo de manter o imóvel apenas para fins de investimento (capital),

Destarte a função social da posse não está estampada na Constituição, tal qual está com relação à propriedade, como bem ressalta José Mendes Tepedino que cita que sua análise deve, todavia, seguir as balizas constitucionais.

Com relação à função social da posse, não é preciso que ela esteja na Constituição, expressamente como está a da propriedade, para que seja exigível. No caso da posse, sendo um sendo um exercício de fato, já existe, de *per se*, a sua justificativa de acordo com a sua finalidade. A função social da posse, segundo recente decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, prevalece em face da propriedade, mesmo quando a propriedade tiver sua finalidade econômica atendida, mas não atenda corretamente a sua função social. Então é uma proteção autônoma que se dá à posse. O Código aperfeiçoou isso do ponto de vista técnico e há se interpretado à luz da Constituição.¹²⁹

Em outras palavras, a posse é meio hábil de concretização dos visados direitos fundamentais e, ao mesmo tempo e sem contradição, da efetivação da função social da propriedade.

E, para finalizar precisa-se definir qual é o objetivo da função social da posse que, segundo Albuquerque¹³⁰.

Destarte, a posse é condição e manutenção de direitos reais. Ainda assim em que a posse possibilita o nascimento dos direitos reais de gozo através da usucapião¹³¹ para os bens imóveis e da tradição na coisa móvel, ela é portanto, condição de manutenção dos direitos reais, sendo percebida nas servidões, na superfície, concessão, no usufruto, uso e habitação, se o beneficiário do direito sobre a coisa não o exercitar em certo tempo¹³².

especulando com a terra, aguardando a instalação de equipamentos urbanos (luz, água, estogo, ruas e outros melhoramentos à custa da receita de todos) para a desova na melhor oportunidade de mercado". (TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**. Um confronto em torno da função social. p. 310).

¹²⁹ TEPEDINO, Gustavo José Mendes. **Os direitos reais no novo Código Civil**. Emerj ed. especial julho/2002 a abril/2003, parte II, p. 171.

¹³⁰ "A função social da posse tem por objetivo instrumentalizar a justiça com nossos próprios valores e experiências históricas, rompendo o condicionamento histórico herdado das sociedades européias e harmonizando o instituto da posse com nossa sociedade complexa e pluralista do século XXI, profundamente conflituosa e marcada por grandes diferenças sociais". (ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária**. p. 208.).

¹³¹ Assunto a ser tratado nos próximos capítulos.

¹³² TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**. Um confronto em torno da função social.

Já no exercício do direito de propriedade, onde a utilização é condição de cumprimento da função social da coisa, o não-exercício da posse gerará, conseqüentemente, um enfraquecimento do direito de propriedade, uma vez que o bem não estará cumprindo com sua função social.

Nesse sentido Luiz Edson Fachin¹³³, menciona que:

Antes e acima de tudo, aduz, a posse tem um sentido distinto da propriedade, qual seja o de dar uma forma atributiva da utilização das coisas ligadas às necessidades comuns de todos os seres humanos, e dar-lhe autonomia significa constituir um contraponto humano e social de uma propriedade concentrada e despersonalizada, pois, do ponto de vista dos fatos e da exteriorização, não há distinção fundamental entre o possuidor proprietário e o possuidor não-proprietário. A posse assume então uma perspectiva que não se reduz a mero efeito, nem a ser encarnação da riqueza e muito menos manifestação de poder: é uma concessão à necessidade.

De fato, a questão da função social da posse tem relação voltada não para o conceito de posse e sua natureza jurídica, como também para o seu dever social com relação à realidade brasileira.

Exige-se, portanto, maior aprofundamento de quem julga frente às exigências da justiça, com a aplicação de uma metodologia que busque entender melhor o conceito de função social considerando-se sempre a efetiva realização do princípio da dignidade da pessoa humana.¹³⁴

Assim, sua função social passa a exercer um papel de destaque no Estado Democrático de Direito, uma vez que permite a produção de riquezas não somente para o possuidor, mas para toda a coletividade e, principalmente, porque permite ao possuidor condições de viver com dignidade, garantindo seu sustento pelo seu próprio trabalho.

Nesse sentido, cabe salientar o posicionamento de Ana Rita Vieira Albuquerque¹³⁵:

¹³³ FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea** (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural). Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 21.

¹³⁴ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**. Um confronto em torno da função social.

¹³⁵ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária**. 2002. p. 217

[...] a função social da posse não determina apenas a “juridicização” de um fato social – do fato da posse em si –, tampouco um efeito da posse, mas constitui exigência de sistematização das situações patrimoniais de acordo com a nova ordem constitucional, no âmbito de uma Constituição normativa que pretende seja real e efetiva, muito menos condicionada aos fatores do poder e a um destino de simples folha de papel, do que em condicionar e realizar sua força no sentido do bem comum, tendo por base o princípio da igualdade e dignidade da pessoa humana.

Tem também uma controvérsia que terá a possibilidade de ser verificada no andamento deste estudo que seria a consequência do reconhecimento da função social da posse é uma possível perda de importância do instituto da usucapião.

CAPÍTULO 2

USUCAPIÃO COMO OBJETO DO DIREITO REAL DE USO

2.1 Direito das coisas

Ao se analisar os direitos reais, percebe-se que ínsito ao seu conteúdo encontra-se o direito das coisas. Para não formular contratempos sociais, o direito das coisas manifesta-se com o intuito de regular o domínio dos seres humanos sobre os bens e o modo de sua utilização econômica.

No entendimento de Miranda¹³⁶ o conceito de coisa corresponde ao conceito de bem, mas ressalta que nem sempre há uma sincronização entre as duas expressões. Esclarece, Miranda, que muitas vezes, coisas, são o gênero, e bens, a espécie e noutras os bens são o gênero e as coisas a espécie, ou, ainda, os dois termos são usados como sinônimos.

No mesmo sentido, Rodrigues¹³⁷ comenta que nem todas as coisas são objeto de direito, ou seja, interessam ao mundo jurídico, tendo em vista que o indivíduo só se apropria de bens úteis à satisfação de suas necessidades. Cabe ressaltar que somente serão incorporadas ao patrimônio da pessoa física ou jurídica as coisas úteis e raras que despertam disputas entre as pessoas, dando, essa

¹³⁶ MIRANDA, Darcy Arruda. **Anotações ao Código Civil brasileiro**. 4. ed., v. 1. São Paulo: Saraiva, 1993b. p. 44.

¹³⁷ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. 28. ed., v. 5. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 13.

apropriação, origem a um vínculo jurídico que é o domínio¹³⁸. “São direitos reais aqueles que recaem diretamente sobre a coisa”¹³⁹.

Em seus comentários Dower faz menção aos direitos subjetivos, o de possuir, ou seja, “Os direitos subjetivos concernentes ao domínio são os direitos reais chamados direito de propriedade”.¹⁴⁰

Para que os bens sejam considerados “objeto de direito” precisam ter os seguintes pressupostos: ser representados por um objeto capaz de satisfazer um interesse econômico; ser suscetíveis de gestão econômica autônoma; e ter capacidade para ser objeto de uma subordinação jurídica. Portanto, “os bens são coisas materiais ou imateriais que têm valor econômico e que podem servir de objeto a uma relação jurídica, sendo que os vocábulos “bens” e “coisas”, em suas definições, possuem extensões diferentes”¹⁴¹.

Neste sentido, bens é o aglomerado de coisas que, tendo um valor estimável, pode formar o patrimônio ou a riqueza de uma pessoa física ou jurídica de direito privado ou público, tais como: móveis, imóveis, ações, direitos, etc. Aquilo que é vulnerável de utilização ou valor, que serve como elemento para formar o acervo econômico e também objeto de direito. No âmbito do direito, bem é coisa que tem valor econômico ou moral, não importando que seja corpóreo ou incorpóreo¹⁴².

Guimarães, por sua vez, enuncia “coisa”, no aspecto geral, é tudo o que existe e subsiste por si, independente do espírito. No aspecto jurídico, que é percebido pelos sentidos e pode apresentar utilidade para o ser humano, quando, então, se caracteriza como “bem material”. Além disso, são coisas, juridicamente, os direitos, ações ou fatos humanos, e outros que, não sendo coisas, são bens protegidos pela Lei, como a vida, a honra e a liberdade, por exemplo¹⁴³.

¹³⁸ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. p. 13.

¹³⁹ DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Direito civil**: direito das coisas. 2. ed. São Paulo: Nelpa, 2004. p. 18.

¹⁴⁰ DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Direito civil**: direito das coisas. p. 19.

¹⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das coisas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 231.

¹⁴² GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 2. ed. São Paulo: Rideel, 1999. p. 127.

¹⁴³ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. p. 174.

Em suma, “coisa” é tudo o que existe objetivamente com exclusão do ser humano, já “bens” são coisas que, por serem úteis e raras, são suscetíveis de apropriação e contêm valor econômico. Portanto, as coisas são o gênero do qual os bens são espécies.

O direito das coisas é o complexo das normas reguladoras das relações jurídicas concernentes aos bens corpóreos suscetíveis de apropriação pelo homem. Coisa é o gênero do qual bem é espécie. É tudo que existe objetivamente com exclusão do homem¹⁴⁴.

Segundo o artigo 202 do Código Civil português “diz-se coisa tudo aquilo que pode ser objeto de relações jurídicas”¹⁴⁵. Coisas são bens corpóreos: existem no mundo físico e não de ser tangíveis pelo homem.

As coisas passam a ser bens jurídicos quando possui idoneidade para satisfazer um interesse econômico, quando possui autonomia econômica, constituindo uma entidade econômica distinta, e quando é capaz de ser juridicamente subordinado ao domínio do ser humano, titular da coisa¹⁴⁶.

No que concerne os bens, Gonçalves relata que: “bens são coisas por serem úteis e raras são suscetíveis de aprovação e tem valor econômico. Somente interessam ao direito as coisas que são suscetíveis de apropriação exclusiva pelo homem, sobre as quais possa existir um vínculo jurídico que é o domínio.”¹⁴⁷

Ao tomar um sentido mais ou menos amplo, pode-se afirmar, que as, mais particularmente, os bens que são, ou podem ser, objeto de direitos reais. Neste sentido, é dito direito das coisas¹⁴⁸.

¹⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁴⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 9.

¹⁴⁶ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed. rev. atual e aum. por Luis Edson Fachin. São Paulo: Forense, 2005. p. 25.

¹⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. p. 9.

¹⁴⁸ “Pode-se afirmar tomando seus lineamentos básicos, o direito das coisas resume-se em regular o poder dos homens, no aspecto jurídico, sobre a natureza física, nas suas variadas manifestações, mais precisamente sobre os bens e os modos de utilização econômica. Para enfatizar sua importância, basta lembrar que se trata da parte do direito civil que rege a propriedade, instituto de significativa influencia na estrutura da sociedade”. (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. p. 10).

Pode-se dizer, assim, que o direito civil se interessa pelas coisas suscetíveis de apropriação e tem por um dos seus fins disciplinar as relações entre indivíduos, concernindo tais bens econômicos. O direito das coisas, também chamado de “direito patrimonial”, encontra-se regulado no Código Civil, parte especial, que apresenta cinco livros, sendo o terceiro (artigos 1.196 a 1.510) trata do “direito das coisas”. Como se pode notar, o direito das coisas, no âmbito do direito civil é classificado como um direito especial¹⁴⁹.

Pode-se verificar que, o livro III que trata dos direitos das coisas, traz em seu título I a posse, no título II os direitos reais, no título III a propriedade, no título IV a superfície, no título V as servidões, no título VI o usufruto, no título VII o uso, no título VIII a habitação, no título IX o direito do promitente comprador e no título X o penhor, a hipoteca e a anticrese. Como se vê, o Código Civil brasileiro insere a propriedade no rol das espécies de direito das coisas.

O direito das coisas são normas que regulam relações entre pessoas e bens. E é chamado, também, de “direito patrimonial”.¹⁵⁰ Diante este contexto, pode-se afirmar que o direito das coisas consiste num conjunto de normas que regulam as relações jurídicas concernentes aos bens materiais ou imateriais suscetíveis de valor econômico e apropriação pelo ser humano.

Nos ensinamentos de Clóvis Beviláqua, direito das coisas é o complexo das normas reguladoras das relações jurídicas referentes aos bens corpóreos e ao direito autoral:

Direito das coisas, na terminologia do Direito Civil, é o complexo de normas reguladoras das relações jurídicas referentes às coisas suscetíveis de apropriação pelo homem. Tais coisas são, ordinariamente do mundo físico, porque sobre eles é que é possível exercer poder de domínio. Todavia, há coisas espirituais que também entram na esfera do direito patrimonial, como é o direito dos autores sobre as suas produções literárias, artísticas ou científicas¹⁵¹.

¹⁴⁹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Direitos reais**: à luz do Código Civil e do direito registral. São Paulo: Método, 2004. p. 135.

¹⁵⁰ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. p. 264.

¹⁵¹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 9. ed., Vol. III. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004. p. 184.

Na definição de Wald¹⁵², tem-se o direito das coisas como sendo:

Um ramo do direito que regula as relações entre o indivíduo e os bens sobre os quais exerce o seu poder, o direito das coisas reflete a política social e econômica do tipo de sociedade em que impera. Tem assim características próprias em cada legislação e nele a tendência conservadora se mantém com maior vigor do que em outros ramos do direito civil.

Wald ainda confirma esse entendimento ao dispor que “se o direito das coisas disciplina relações jurídicas que dizem respeito a bens que podem ser apropriados pelo ser humano, claro está que ele inclui tão-somente os direitos reais”¹⁵³.

É importante ressaltar que o direito das coisas “compreende tanto os bens materiais (móveis ou imóveis) como os imateriais, ou seja, os direitos autorais, uma vez que o legislador pátrio preferiu considerá-los como modalidade especial de propriedade, isto é, como propriedade imaterial ou intelectual.”¹⁵⁴

A importância do direito das coisas é evidenciada por fazer parte do direito civil que trata da propriedade e por significar a regularidade da economia, da sociedade e da política. A importância fundamental do direito das coisas é justamente a regulamentação dos bens, definindo o poder dos seres humanos sobre tais, no aspecto jurídico, delineando e restringindo, conforme a necessidade da sociedade, já que o direito, em primeiro lugar, visa o coletivo e o bem comum.

De acordo com Gonçalves o fato de se dispor da coisa caracteriza conduta normal do titular da posse ou domínio. Constitui desdobramento da ideia de exercício do direito, pois possibilita a evidenciação inequívoca da apreensão da coisa ou do direito¹⁵⁵.

Com relação à posse, Beviláqua a admite como direito, porém um direito especial, sui generis, e não autêntico.

Exercício de fato de um poder é o exercício que não se funda em um direito. A posse, considerada em si mesma, funda-se em um mero fato e se apresenta como estado de fato; mas uma vez firmada, nela a ordem jurídica, em atenção à paz social e à personalidade humana, respeita o que ela apresenta ser, reconhece o jus possessionis, o direito de posse, que os

¹⁵² WALD, Arnold. **Direito das coisas**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. pp. 15-16.

¹⁵³ WALD, Arnold. **Direito das coisas**. p. 17.

¹⁵⁴ DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Direito civil: direito das coisas**. p. 20.

¹⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. p. 71.

interditos defendem. Eis a explicação desta forma especial do direito. É um interesse, que a lei protege; portanto é um direito.¹⁵⁶

Pontes de Miranda atribuiu a natureza da posse como fato, ao afirmar:

A posse nada tem com o existir, ou não, o direito real, ou pessoal, a que pudesse corresponder. Essa correspondência mesma não existe. O que se fez e faz pensar-se nela é apenas o fato de existir no exercício de alguns direitos, que consiste em poder fático sobre coisas, o mesmo conteúdo que se observa em certos casos de posse¹⁵⁷.

A posse está inserida no Livro III - Do Direito das Coisas, Título I - Da Posse, do Código Civil (Lei nº 10.406/02), sendo que, aparentemente, pode-se entender que o legislador não inovou quando, no artigo 1.196, repetiu quase que integralmente o texto do 485 do Código Civil de 1916.

Assim, utilizou-se a linha da teoria objetiva de Ihering, definindo possuidor como todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade¹⁵⁸. Todavia, a definição de possuidor trazida pelo Código Civil de 2002 supriu a equiparação do exercício da posse ao do domínio, mantendo apenas a do exercício da posse ao da propriedade.

Em consonância com as normas do Código Civil e com a teoria objetiva de Ihering, Rodrigues chegou à seguinte conclusão:

Portanto, se possuidor é aquele que atua em face da coisa como se fosse proprietário, pois exerce algum dos poderes inerentes ao domínio, a posse, para o codificador, caracteriza-se como exteriorização da propriedade, dentro dos termos da concepção de Ihering¹⁵⁹.

Tito Fulgêncio menciona que:

Temos, portanto, e o advertiu a exposição de motivos, a consagração em texto o conceito de Ihering; a posse nada mais é do que o modo por que a propriedade é utilizada; a relação de fato estabelecida entre a pessoa e a coisa pelo fim de sua utilização¹⁶⁰.

¹⁵⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. 4. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1956. p. 39.

¹⁵⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2001. p. 80.

¹⁵⁸ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. 28. ed., v. 5. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹⁵⁹ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. p. 20.

¹⁶⁰ FULGÊNCIO, Tito. **Da posse e das ações possessórias**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 10.

Entretanto, a apropriação e o gozo das coisas por uma pessoa, para a satisfação de suas necessidades, pressupõe a exclusão da apropriação e do gozo dessas mesmas coisas por outras pessoas. Salvo alguns bens públicos, como as ruas e praças, que, ainda assim, e eventualmente, podem ter sua utilização restrita a algumas pessoas, como no caso de um show artístico, as coisas são utilizadas por quem delas se apropriou ou por quem o seu proprietário consinta¹⁶¹.

O artigo 1225 do Código Civil dispõe os Direitos Reais como: “propriedade, superfície, servidões, usufruto, uso, habitação, direito do promitente comprador do imóvel, penhor, hipoteca, anticrese”¹⁶². Em relação a classificação, Fábio Ulhoa Coelho os classifica da seguinte forma: “direitos sobre a própria coisa e direitos sobre coisas alheias”.¹⁶³

No que diz respeito às espécies, o intuito é facilitar a compreensão, e em sua doutrina, Dower faz referências a respeito ao assunto.

Os direitos reais sobre coisas alheias podem ser direitos de fruição, que alcança a substância da coisa, ou seja, a substância da coisa fica a serviço do titular; o direito de garantia, que recai sobre o valor da coisa, pois o papel econômico desse direito é assegurar o cumprimento da obrigação pela sua vinculação a determinados bens¹⁶⁴.

São espécies dos direitos reais sobre coisa alheia, as quais constituem esse direito: Direitos reais limitados de gozo ou fruição, Direitos reais de garantia e, Direitos reais de aquisição.

No caso dos direitos reais de gozo ou fruição, serão, o ato de usufruir daquilo que o bem traz de benefícios ou serventia da coisa, além desses direitos serem limitados, a pessoa credora, deverá ter autorização para esse gozo ou uso da coisa. Acerca da fruição Caio Mário da Silva Pereira¹⁶⁵ leciona: “Pela sua razão de

¹⁶¹ FULGÊNCIO, Tito. **Da posse e das ações possessórias**.

¹⁶² “Art. 1.225. São direitos reais: I - a propriedade; II - a superfície; III - as servidões; IV - o usufruto; V - o uso; VI - a habitação; VII - o direito do promitente comprador do imóvel; VIII - o penhor; IX - a hipoteca; X - a anticrese. XI - a concessão de uso especial para fins de moradia; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007); XII - a concessão de direito real de uso. (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)”. (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**).

¹⁶³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 221.

¹⁶⁴ DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Direito civil: direito das coisas**. p. 21-22.

¹⁶⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Intituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 293.

ser, o usufruto implica a faculdade de fruir as utilidades da coisa, estendendo-se aos acessórios dela [...]”.

Pode-se subdivide esse tema da seguinte forma: “enfiteuse, servidões prediais, usufruto, uso, habitação superfície, concessão de uso especial para fins de moradia e, concessão de direito real de uso”¹⁶⁶

O usufruto tem suas características voltadas para a posse do usufrutuário, com o uso e gozo de uma coisa alheia, pertencente ao nu-proprietário, como destaca Pereira¹⁶⁷:

[...] trata-se de um Direito Real sobre coisa alheia, porque recai, direta e indiretamente, sobre coisa frutífera, pertencente a outrem, implicando a retirada de todas as suas utilidades, estendendo-se até aos seus acessórios e acrescidos, salvo cláusula expressa em contrário. Atribuindo-se ao usufrutuário a Posse direta e ao nu-Proprietário a indireta.

O Código Civil de 1916 definia o usufruto, no artigo 713, como “o direito real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa, enquanto temporariamente destacado da propriedade”¹⁶⁸. Alguns dos poderes inerentes ao domínio são transferidos ao usufrutuário, que passa a ter, assim, direito de uso e gozo sobre coisa alheia. Como é temporário, ocorrendo sua extinção, passará o nu-proprietário a ter o domínio pleno da coisa¹⁶⁹.

O usufruto pode constituir-se por determinação legal, ato de vontade e usucapião. Por determinação legal é o estabelecido pela lei em favor de certas pessoas, como o usufruto dos pais sobre os bens do filho menor (CC, art. 1.689, I). Por ato de vontade é o que resulta de contrato ou testamento. Admite-se, ainda, a sua constituição pela usucapião, ordinária ou extraordinária, desde que concorram os requisitos legais¹⁷⁰.

¹⁶⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. p. 171.

¹⁶⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Intuições de direito civil**. p. 238-240.

¹⁶⁸ “Art. 713. Constitui usufruto o direito real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa, enquanto temporariamente destacado da propriedade”. (BRASIL. **Lei nº 3.071 de 01 de Janeiro de 1916**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11433657/artigo-713-da-lei-n-3071-de-01-de-janeiro-de-1916>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

¹⁶⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. 2009.

¹⁷⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. 2009. p. 178.

Segundo o artigo 1.390 do Código Civil, o usufruto tanto pode ser dado em um ou mais bens, podendo ser em móveis, imóveis ou patrimônio. No que se refere aos móveis, de acordo com Gomes¹⁷¹, estes não podem ser fungíveis nem consumíveis, porque:

O usufrutuário deve conservar a substância da coisa para o nu-Proprietário; não se compreende como o usufruto possa recair sobre coisas substituíveis por outras do mesmo gênero e, muito menos, sobre bens cuja existência termina com o primeiro uso, o cuja destinação é ser alienados.

No entendimento de Rodrigues¹⁷², “é um Direito opinável *erga omnes* e sua defesa se faz através de ação real”. Dessa maneira, o usufrutuário mantém a posse do bem podendo até fruir da coisa, auferir seus frutos naturais e civis. O usufrutuário pode, assim, ceder a coisa a terceiros, dá-la em locação e comodato, ou qualquer outro negócio atípico para essa finalidade¹⁷³.

Quanto à origem ou modo de constituição, o usufruto pode ser legal e convencional (voluntário). Legal é o instituído por lei em benefício de determinadas pessoas. Convencional é o que resulta do contrato (ato inter vivos, em geral sob a forma de doação) ou do testamento (ato causa mortis)¹⁷⁴.

Quanto à sua duração, pode ser temporário ou vitalício. Usufruto temporário é o estabelecido com prazo certo de vigência. Extingue-se com o advento do termo. Vitalício é o que perdura até a morte do usufrutuário ou enquanto não sobrevier causa legal extintiva (CC, artigos 1.410 e 1.411¹⁷⁵).

¹⁷¹ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 2005. p. 389.

¹⁷² RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito das coisas**. 5 v. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002b. p. 297.

¹⁷³ OLIVEIRA, Álvaro Borges de.; LACERDA, Emanuela Cristina Andrade. **A usucapião de direito real de uso de programa de computador**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2008. p. 28.

¹⁷⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**.

¹⁷⁵ “Art. 1.410. O usufruto extingue-se, cancelando-se o registro no Cartório de Registro de Imóveis: I - pela renúncia ou morte do usufrutuário; II - pelo termo de sua duração; III - pela extinção da pessoa jurídica, em favor de quem o usufruto foi constituído, ou, se ela perdurar, pelo decurso de trinta anos da data em que se começou a exercer; IV - pela cessação do motivo de que se origina; V - pela destruição da coisa, guardadas as disposições dos arts. 1.407, 1.408, 2ª parte, e 1.409; VI - pela consolidação; VII - por culpa do usufrutuário, quando aliena, deteriora, ou deixa arruinar os bens, não lhes acudindo com os reparos de conservação, ou quando, no usufruto de títulos de crédito, não dá às importâncias recebidas a aplicação prevista no parágrafo único do art. 1.395; VIII - Pelo não uso, ou não fruição, da coisa em que o usufruto recai (arts. 1.390 e 1.399). Art. 1.411. Constituído o usufruto em favor de duas ou mais pessoas, extinguir-se-á a parte em

Esse direito é temporário e impõe condições para que se possa usufruir, como menciona Venosa, ao afirmar que: “usufruto é um Direito Real transitório que concede a seu titular o poder de usar e gozar durante certo tempo, sob certa condição ou vitaliciamente de bens pertencentes à outra pessoa, a qual conserva a sua substancia”¹⁷⁶.

Quanto ao seu objeto, o usufruto divide-se em próprio ou impróprio. Próprio é o que tem por objeto coisas inconsumíveis e infungíveis, cujas substâncias são conservadas e restituídas ao nuproprietário. Impróprio é o que incide sobre bens consumíveis ou fungíveis, sendo denominado quase usufruto (CC, artigo 1.392, § 1º)¹⁷⁷¹⁷⁸.

Quanto aos titulares, pode ser simultâneo e sucessivo. Simultâneo é o constituído em favor de duas ou mais pessoas, ao mesmo tempo, extinguindo-se gradativamente em relação a cada uma das que falecerem, salvo se expressamente estipulado o direito de crescer.

Neste caso, o quinhão do usufrutuário falecido acresce ao do sobrevivente, que passa a desfrutar do bem com exclusividade (artigo 1.411). Esse direito, nos usufrutos instituídos por testamento, rege-se pelo disposto no art. 1.946 do Código Civil. Usufruto sucessivo é o instituído em favor de uma pessoa, para que depois de sua morte transmita-se a terceiro. Essa modalidade não é admitida pelo nosso ordenamento, que prevê a extinção do usufruto pela morte do usufrutuário¹⁷⁹.

Ainda sobre o usufruto, o uso, que é derivado, também teve origem do Direito Romano, com denominação de *usus* e *fructus sine usus*. Venosa¹⁸⁰ menciona “usus, em seu significado originário, era o Direito de usar uma coisa sem receber os

relação a cada uma das que falecerem, salvo se, por estipulação expressa, o quinhão desses couber ao sobrevivente”. (BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002**).

¹⁷⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. p. 429.

¹⁷⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. 2009.

¹⁷⁸ Art. 1.392. Salvo disposição em contrário, o usufruto estende-se aos acessórios da coisa e seus acrescidos. § 1º Se, entre os acessórios e os acrescidos, houver coisas consumíveis, terá o usufrutuário o dever de restituir, findo o usufruto, as que ainda houver e, das outras, o equivalente em gênero, qualidade e quantidade, ou, não sendo possível, o seu valor, estimado ao tempo da restituição. (BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002**).

¹⁷⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. 2009.

¹⁸⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 2007. p. 449.

frutos. Era dirigidas as coisas que não os produziam, não se levando em conta a possibilidade de auferir qualquer fruto civil”.

Já com o *fructus sine usus*, prossegue-se afirmando que, a existência era controvertida, ocorria à seção de uso a uma pessoa e o gozo de frutos a outros. O Uso está prescrito no artigo 1.412¹⁸¹ e 1.413 do Livro III, Título VII do Código Civil, como sendo o Direito de usar uma coisa sem que, normalmente, se colha frutos desse uso.

Em vista disso, o objeto do Direito de uso recai tanto em bens móveis (infungíveis inconsumíveis) com imóveis, como sobre os corpóreos e incorpóreos. Seguindo as mesmas norma do objeto do Direito do usufrutuário.

A discussão do próximo subcapítulo passa pela argumentação e estudo sobre o usucapião tendo como escopo sua conceituação, histórico e sua breve apresentação no direito no Brasil.

2.2 Do objeto usucapião

A princípio é relevante destacar que o vocábulo usucapião pode ser usado tanto no gênero feminino quanto no masculino, e suas razões podem se apoiar nos ensinamentos José Carlos de Moraes Salles¹⁸² que assim destaca:

Para o insigne Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, o vocábulo é do gênero feminino, de modo que se deverá dizer “a usucapião”. O ilustre Laudelino Freire, entretanto, afirma dizer que a palavra usucapião é do gênero masculino, de sorte que se poria dizer “o usucapião”. No mesmo sentido a opinião de Silveira Bueno.

Existem também aqueles que utilizam o argumento para o instituto como “a usucapião” que as palavras latinas da terceira geração eram, invariavelmente, femininas. O Código Civil de 1916 consagrou a utilização do termo no masculino, concordando com a tradição de nosso direito. Porém, o Código de 2002 e a Lei

¹⁸¹ Art. 1.412. O usuário usará da coisa e perceberá os seus frutos, quanto o exigirem as necessidades suas e de sua família. (BRASIL. **Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002.**).

¹⁸² SALES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de bens móveis e imóveis**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 47.

10.256/2001, por sua vez acolheu a versão feminina, rompendo com essa longa tradição¹⁸³.

Etimologicamente falando, a palavra “usucapião” é proveniente do latim *usucapio*, do verbo *capio*, *capis*, *cepi*, *captum*, *capere*, tomar, e *usus*, que tem o significado de tomar pelo uso, ou seja, tomar alguma coisa em relação ao seu uso, que originariamente, *usus* significa posse¹⁸⁴.

Entende-se que a palavra “usucapião” seja integrada pela junção de *usus* a *capio* – aquisição da posse e, conseqüentemente, do domínio pelo uso da coisa, do que resultou *usucapio*¹⁸⁵.

Nos dizeres de Venosa¹⁸⁶ tem-se que:

Usucapião deriva de *capere* (tomar) e de *usus* (uso). Tomar pelo uso. Seu significado original é de posse. A Lei da XII Tábuas estabeleceu de que quem possuísse por dois anos um imóvel ou por um ano um móvel tornasse-se proprietário. Era modalidade de aquisição do *ius civile*, portanto apenas destinada aos cidadãos romanos.

Ainda no que se refere ao gênero, Ribeiro¹⁸⁷ ensina, que o vocábulo é feminino em latim (*usucapionem*), francês (*usucapion*, embora utilize *usage*), italiano (*usucapione*) e inglês (*usucaption*). Leciona ainda o professor supracitado, que em toda legislação romana a palavra aparece no feminino, ligando-se à *capio*¹⁸⁸. Todavia, Washington de Barros Monteiro¹⁸⁹ refere-se à palavra “usucapião” no masculino, pois esse gênero já está consagrado na doutrina.

Conforme enuncia a doutrina, o Direito Romano já tratava da Usucapião na Lei da XII Tábuas, na Tábua 6ª, inciso III, como modo de aquisição de domínio de bens, fossem móveis ou imóveis, pelo decurso do prazo previsto em lei da posse do referido bem, assim, Monteiro¹⁹⁰ menciona.

¹⁸³ A presente dissertação adotou a expressão no feminino.

¹⁸⁴ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 183.

¹⁸⁵ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião**. 1992. p. 183.

¹⁸⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 2007. p. 193.

¹⁸⁷ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião**. 1992. p. 183.

¹⁸⁸ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião**. 1992. p. 165.

¹⁸⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das coisas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 122.

¹⁹⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das coisas**. 2003. p. 124.

No intuito de aprofundar mais sobre sua etimologia, Ribeiro¹⁹¹ corrobora ao ensinar que o vocábulo “usucapião” já se encontrava nas regras Ulpiano, nas quais se adquire o domínio tanto das coisas imóveis quanto móveis por meio da usucapião.

A sua obtenção era forma de aquisição civil, restrita aos cidadãos romanos (*quirites*, que viviam o *Jus Quiritum* – direito civil romano) e quanto a coisas romanas, uma vez que os peregrinos estavam proibidos de fazê-lo¹⁹².

Diante disso, enunciava-se que a usucapião é o modo de adquirir o domínio pelo direito dos *Quirites* – *usucapio est modus acquirendi dominium juris Quiritium*. Ou seja, a ação de usucapião era utilizada para convalidar a aquisição formalmente nula, exigida a *iusta causa* e para sanar este vício ou defeito de legitimação do alienante presente a *bona fides*¹⁹³.

Sales¹⁹⁴ compartilha do posicionamento ratificando-o da seguinte forma:

Podemos dizer, portanto, que a usucapião é prescrição aquisitiva, apesar da impropriedade da expressão, como assinalado por Caio Mario da Silva Pereira. Daí dizer Tupinambá Miguel Castro do Nascimento que prescrição aquisitiva é, hodiernamente, sinônimo de usucapião, tendo a doutrina usado indiferentemente as duas expressões.

Denota-se que a usucapião serve para consolidar a aquisição, entendendo-se, por conseguinte, dar segurança e estabilidade à propriedade, podendo ainda facilitar como meio de prova, bem como ser alegada como matéria de defesa.¹⁹⁵

2.3 Conceitos do usucapião

A usucapião é também chamada de prescrição aquisitiva, em confronto ou comparação com a prescrição extintiva¹⁹⁶, que é disciplinada nos artigos 205¹⁹⁷ e

¹⁹¹ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião**. 1992. p. 134.

¹⁹² RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião**. 1992. p. 134.

¹⁹³ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião**. 1992. p. 136.

¹⁹⁴ SALES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de bens móveis e imóveis**. p. 53.

¹⁹⁵ SALES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de bens móveis e imóveis**.

¹⁹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 294.

206 do Código Civil. Em ambas, aparece o elemento tempo influenciando na aquisição e na extinção de direitos.

A primeira, regulada no direito das coisas, é modo originário de aquisição da propriedade e de outros direitos reais suscetíveis de exercício continuado (entre eles, as servidões e o usufruto) pela posse prolongada no tempo, acompanhada de certos requisitos exigidos pela lei; a segunda, tratada na Parte Geral do Código, é a perda da pretensão e, por conseguinte, da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dela durante determinado espaço de tempo¹⁹⁸.

Destarte, a usucapião é o modo de aquisição originário do domínio pela posse prolongada e inegável, observados os requisitos estabelecidos em lei. A usucapião é a aquisição da propriedade pela posse ininterrupta de determinada coisa por certo lapso temporal prevista em lei. Sendo assim, por ter como um dos seus principais elementos configuradores o lapso temporal é também chamada a usucapião de prescrição aquisitiva.

Dentre outros conceitos destacados pela doutrina, é mister mencionar o de Modestino, no Digesto, Livro 41, Título III, fr. 3 que preceitua a usucapião como sendo: “Usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti, ou seja, o modo de adquirir a propriedade pela posse continuada durante certo lapso de tempo, com os requisitos estabelecidos na lei”¹⁹⁹.

Como outrora já dito, para melhor compreensão deste instituto, basta conferir sua etimologia: usucapião tem origem latina derivada do verbete *usucapere*, que, por sua vez, dá origem à expressão *usucapio*.

Ribeiro²⁰⁰ leciona que a usucapião é “uma forma aquisitiva do domínio pela posse prolongada e desde que observados os requisitos estabelecidos na lei”.

¹⁹⁷ Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor. (BRASIL. **Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002.**)

¹⁹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. 2009. p. 294.

¹⁹⁹ CORDEIRO, José Carlos. **Usucapião constitucional urbano** – aspectos de direito material. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 91.

²⁰⁰ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião**. 1992. p. 180.

Além disso, menciona que os elementos caracterizadores da usucapião ordinária, extraordinária e das especiais encontram-se com complementares da definição.

No entendimento de Rodrigues²⁰¹ usucapião é um dos principais efeitos da posse, que se caracteriza como o modo originário de aquisição do domínio, por meio da posse mansa e pacífica, por determinado espaço de tempo, fixado em lei.

Pela usucapião o legislador permite que uma determinada situação de fato, que, sem ser molestada, se prolongue por um certo intervalo de tempo previsto em lei, se transforme em uma situação jurídica, atribuindo-se assim juridicidade a situações fáticas que amadureceram com o tempo²⁰².

De maneira semelhante, alguns civilistas brasileiros consagrados conceituam a usucapião.

Para Diniz²⁰³, “a usucapião é um modo de aquisição da propriedade e de outros direitos reais (usufruto, habitação, enfiteuse) pela posse prolongada da coisa com a observância dos requisitos legais”.

No entendimento de Caio Mário da Silva Pereira²⁰⁴ a usucapião é “a aquisição do domínio pela posse prolongada”.

Venosa²⁰⁵ preceitua que a usucapião “denomina-se usucapião o modo de aquisição da propriedade mediante a posse prolongada sob determinadas condições”.

Rodrigues²⁰⁶ considera que usucapião é o “modo originário de aquisição do domínio, através da posse mansa e pacífica, por determinado espaço de tempo, fixado em lei”.

Vale lembrar no entendimento da usucapião como forma originária ou derivada de aquisição da propriedade não pacífico na doutrina pátria. Todavia, a

²⁰¹ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito das coisas**. 5 v. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002b. p. 108.

²⁰² RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito das coisas**. 2002b. p. 108.

²⁰³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 158.

²⁰⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Intituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 138.

²⁰⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 2007. p. 216.

²⁰⁶ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito das coisas**. 2002b. p. 108.

maioria dos consagrados civilistas a entende como forma originária de aquisição de propriedade.

No entendimento de Monteiro²⁰⁷ “para o usucapiente, a relação jurídica de que é titular surge com direito novo, independente da existência de qualquer vinculação com seu predecessor, que, se por acaso existir, não será o transmitente da coisa.

Por outro lado, na opinião de Pereira²⁰⁸, para quem “considera-se originária a aquisição, quando o indivíduo, num dado momento, torna-se dono de uma coisa que jamais esteve sob o senhorio de outrem”. Sendo assim, explica o jurista, que a usucapião não se enquadra nesta definição, uma vez que “é modalidade aquisitiva que pressupõe a perda do domínio por outrem, em benefício do usucapiente”.

Ao analisar os conceitos supramencionados, pode-se definir o usucapião como sendo um modo originário de aquisição do domínio da propriedade e de outros direitos reais como a habitação, uso, usufruto, enfiteuse, etc, que ocorre através a prescrição aquisitiva, desde que respeitada as condições estabelecidas em lei para cada tipo de usucapião, transformando um mero estado de fato num estado de direito.

Podem ser objeto de usucapião bens móveis e imóveis. O direito brasileiro distingue três espécies de usucapião de bens imóveis: a extraordinária, a ordinária e a especial (ou constitucional), dividindo-se a última em rural (*pro labore*) e urbana (prómoradia ou *pro misero*)²⁰⁹.

A usucapião extraordinária é disciplinada no art. 1.238 do Código Civil e seus requisitos são: posse de quinze anos (que pode reduzir-se a 10 anos 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. Dispensam-se os requisitos do justo título e da boa-fé.

²⁰⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das coisas**. 2003. p. 121.

²⁰⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Intituições de direito civil**. 1999. p. 138.

²⁰⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. 2009. p. 295.

A ordinária é prevista no artigo 1.242 e apresenta os seguintes requisitos: posse de dez anos, exercida com ânimo de dono, de forma contínua, mansa e pacificamente, além de justo título e boa-fé. O prazo será de cinco anos “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” (artigo 1.242, parágrafo único)²¹⁰.

A usucapião especial rural (*pro labore*) surgiu, no direito brasileiro, na Constituição de 1934, sendo conservada na Carta outorgada de 1937 e na Constituição de 1946. A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 não repetiram o texto das anteriores, mas a última consignou os seus requisitos básicos, remetendo a sua disciplina à lei ordinária. Enquanto não regulamentada, aplicou-se a Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964 (Estatuto da Terra), até o advento da Lei n. 6.969, de 10 de dezembro de 1981, elaborada especialmente para regulamentar a aquisição, por usucapião especial, de imóveis rurais. Destaca-se o seu artigo 1º.²¹¹

A usucapião especial urbana constitui inovação trazida pela Constituição de 1988, estando regulamentada em seu art. 183: “Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”²¹².

Não se aplica à posse de terreno urbano sem construção, pois é requisito a sua utilização para moradia do possuidor ou de sua família. Acrescentam os §§ 2º e 3º que esse “direito não será reconhecido ao novo possuidor mais de uma vez” e que os “imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”.

²¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. 2009. p. 296.

²¹¹ “Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, possuir como sua, por 5 (cinco) anos ininterruptos, sem oposição, área rural contínua, não excedente de 25 (vinte e cinco) hectares, e a houver tornado produtiva com seu trabalho e nela tiver sua morada, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de justo título e boa-fé, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para transcrição no Registro de Imóveis”. (BRASIL. **Lei n° 6.969, de 10 de dezembro de 1981**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6969.htm>. Acesso em: 19 ago. 2014.

²¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independente do estado civil (§ 1º). Essa espécie de usucapião não reclama justo título nem boa-fé, como também ocorre com a usucapião especial rural. Como se trata de inovação trazida pela Carta de 1988, não se incluem no preceito constitucional as posses anteriores²¹³.

O prazo de cinco anos só começou a contar, para os interessados, a partir da vigência da atual Constituição. O novo direito não poderia retroagir, surpreendendo o proprietário com uma situação jurídica anteriormente não prevista.

Os pressupostos da usucapião são: coisa hábil ou suscetível de usucapião, posse, decurso do tempo, justo título e boa-fé. Os três primeiros são indispensáveis e exigidos em todas as espécies de usucapião. O justo título e a boa-fé somente são reclamados na usucapião ordinária²¹⁴.

Nem todos os bens e direitos podem ser suscetíveis de usucapião. Quantos aos primeiros, restringem-se às coisas hábeis de usucapir, às coisas que não estejam fora do comércio e que não sejam bens públicos. Quanto aos direitos, somente os reais que recaírem sobre bens prescritíveis podem ser adquiridos por usucapião.

A posse é fundamental para a configuração da prescrição aquisitiva. Não é qualquer espécie de posse, entretanto, que pode conduzir à usucapião. Exige a lei que se revista de certas características. A posse *ad interdicta, justa*, dá direito à proteção possessória, mas não gera a usucapião. Posse *ad usucapionem* é a que contém os requisitos exigidos pelos artigos. 1.238 a 1.242 do Código Civil, sendo o primeiro deles o ânimo de dono (*animus domini ou animus rem sibi habendi*)²¹⁵.

O segundo requisito da posse *ad usucapionem* é que seja mansa e pacífica, isto é, exercida sem oposição. Se o possuidor não é molestado, durante todo o tempo estabelecido na lei, por quem tenha legítimo interesse, ou seja, pelo proprietário, diz-se que a sua posse é mansa e pacífica. Todavia, se este tomou

²¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. 2009. p. 299.

²¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. 2009.

²¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. 2009. p. 303.

alguma providência na área judicial, visando a quebrar a continuidade da posse, descaracterizada fica a *ad usucapionem*²¹⁶.

Evidentemente, a posse é requisito da usucapião, visto que, sem ela, não há a outra. A posse deve ser mansa, pacífica e contínua. As duas primeiras ocorrem quando são exercidas sem contestação do proprietário do bem. Posse contínua é a exercida sem intervalos. “Para que se configure a usucapião, é mister a atividade singular do possuidor e a passividade geral do proprietário e de terceiros, antes daquela situação individual”²¹⁷.

No tocante ao decurso do tempo, contam-se os anos por dias (*de die ad diem*), e não por horas. O prazo começa a fluir no dia seguinte ao da posse. Não se conta o primeiro dia (*dies a quo*), porque é necessariamente incompleto, mas conta-se o último (*dies ad quem*)²¹⁸.

Diz-se de boa-fé a posse se o possuidor ignora o vício ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa. Costuma ser atrelada ao justo título, embora se trate de realidade jurídica autônoma. O artigo 1.201, parágrafo único, do Código Civil estabelece presunção *juris tantum* de boa-fé em favor de quem tem justo título. Deve ela existir no começo da posse e permanecer durante todo o decurso do prazo. Se o possuidor vem a saber da existência do vício, deixa de existir a boa-fé, não ficando sanada a mácula²¹⁹.

Destarte, a boa-fé, como requisito da usucapião, é a convicção do possuidor de que não está ofendendo um direito alheio, ignorando o vício ou o obstáculo que impedem a aquisição do bem ou do direito possuído²²⁰.

²¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. 2009. p. 304.

²¹⁷ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito das coisas**. 2002b. p. 151.

²¹⁸ Para a usucapião extraordinária, é exigido o prazo de quinze anos (art. 1.238), que se reduzirá a dez anos (parágrafo único) se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo (posse-trabalho). Para a ordinária, em que o possuidor deve ter justo título e boa-fé, basta o prazo de dez anos (art. 1.242). Será de cinco anos se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base em transcrição constante do registro próprio, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico (parágrafo único). (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. 2009. p. 306).

²¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. 2009. p. 308-309.

²²⁰ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito das coisas**. 2002b. p. 153.

Diante disto, o justo título e a boa-fé são requisitos formais de usucapião e servem como redutores do prazo de materialização. De certo modo, uma vez provada a existência de tais requisitos, a usucapião passa a ser ordinária e, portanto, com menor transcurso de tempo entre o termo inicial de posse e a outorga do título de proprietário, mediante o reconhecimento da usucapião.²²¹

Denota-se no nosso ordenamento, para se retirar o justo título e a boa-fé é necessário fazer prova em juízo, eis que se presumem.

É fato mencionar que a boa-fé reside na convicção de que o fenômeno jurídico gerou a transferência da propriedade. Reside nesse princípio o significado de que se deve interpretar o negócio jurídico como se houvesse, entre os contratantes, lealdade e confiança.

Para Pedro Nunes a origem da usucapião remonta à Lei das Doze Tábuas de Justiano, primeira fonte do Direito Romano. O instituto se vislumbrou em Roma no Século IV a.C. através da Lei das XII Tábuas, em cuja Tábua VI, item III, constava “que a aquisição da propriedade pela posse tenha lugar ao fim de dois anos para os imóveis, ao fim de um ano para os demais”²²².

Desta maneira Rizzardo²²³, que leciona sobre a alteração do prazo para a prescrição do prazo aquisitivo:

Justiniano fundiu num só instituto o usucapião primitivo e a prescrição de longo tempo, denominando-lhe usucapio; estendeu-o aos estrangeiros e aos bens provinciais. Determinou que o usucapião dos imóveis se verificasse em três anos. Criou, ainda, a prescrição extraordinária praescriptio longissimi temporis, que se consumava em trinta e quarenta anos; de trinta para os móveis e imóveis em geral; de quarenta para os bens do Estado, ou do imperador (a princípio imprescritíveis), os da igreja e lugares vulneráveis.

Ainda com relação ao direito romano conforme Ribeiro, o direito romano é, entre os direitos históricos e vigentes, o único cuja evolução se possa seguir por um curso de mais de mil anos. Portanto é na Lei das Doze Tábuas que surge os

²²¹ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 2005. p. 130.

²²² NUNES, Pedro. **Do usucapião**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. p. 65.

²²³ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 248.

primeiros prazos prescricionais aquisitivos, assim Ribeiro²²⁴ dispõe, “[...] a Lei das Doze Tábuas contemplava a usucapião, estendendo-a aos bens móveis e imóveis”.

A Tábua VI que tratava da propriedade e da posse (domínio et possessione) continha os seguintes dizeres: *usus auctoritas fundi biennium esto coeterarum rerum annus*, que se pode traduzir da seguinte forma, com ressalvas de possíveis imperfeições a que estão sujeitas as traduções: adquirir-se a propriedade do solo pela posse de dois anos e das outras coisas pela posse de um ano²²⁵.

Sendo assim, embora haja divergências foi o Direito Romano que trouxe ao mundo os contornos jurídicos do instituto usucapião em maior extensão e profundidade, com tal relevância que perdura até nossos dias.

Após a Lei das Doze Tábuas ter substituído o Código de Hamurabi, conforme Ribeiro²²⁶ “A usucapião, consagrada na Lei das Doze Tábuas, data do ano 305 da era romana [...]. Essa lei superou o Código de Hamurabi, contendo normas de garantias aos cidadãos e princípios democráticos.”, Justiniano então unificou os institutos prescrição aquisitiva e usucapião conforme Câmara Leal²²⁷ leciona:

Até aqui, o usucapião, meio aquisitivo de propriedade, e a prescrição longi et longissimi temporis, meio extintivo de reivindicatória, conservaram-se como institutos diversos, constituindo um, título de aquisição de propriedade, e representando outro, simples exceção processual contra a reivindicação. Foi Justiniano quem os unificou, dando à longa duração da posse extintiva da reivindicatória o mesmo efeito do usucapião, transformando-se, assim, em título aquisitivo da propriedade. E daí o ter-se estendido o termo prescrição da *praescriptio longae seu longissimae possessionis* ao usucapião, com a denominação da prescrição aquisitiva.

Ainda com relação ao *usucapio* e a *praescriptio longi temporis* Borges²²⁸ leciona que:

Desde o advento da Lei das XII Tábuas, existia uma confusão entre a *usucapio* e a *praescriptio*, no tocante em saber se era ação ou exceção. Com isso iniciou-se as modificações do referido instituto que iniciou com o

²²⁴ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião**. 1992. p. 140.

²²⁵ NUNES, Pedro. **Do usucapião**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

²²⁶ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião**. 1992. p. 140.

²²⁷ LEAL, Câmara. **Da prescrição e da decadência**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 5.

²²⁸ BORGES, Antonino Moura. **A prescrição e a usucapião na ótica do atual Código Civil**. São Paulo: CL EdJur, 2006. p. 93.

Imperador Constantino e findou-se com Teodósio. No entanto, foi Justiniano que unificou de vez a exceção da *praescriptio longi temporis* com o *usucapio*, donde surgiu definitivamente o instituto jurídico da usucapião ‘*usucapio*’ que apareceria sob duas espécies, as quais são na forma ordinária e na extraordinária.

Portanto o instituto da usucapião já vinha sendo utilizado na Lei das Doze Tábuas e ao decorrer do tempo foram surgindo normas subsequentes criando melhor regulação do instituto usucapião.

Também surgiram leis que auxiliaram na regulamentação, dentre elas estão a Lei Atinia que proibia a usucapião para as coisas furtadas, a Lei Julia e Plautia que proibiam a usucapião para coisas obtidas através de violência, a Lei Scribonia que impedia a usucapião de servidões prediais, conforme dispõe Ribeiro²²⁹:

A Lex Atinia vedou usucapião de coisas furtadas ou apropriadas (*res furtivae*) aos ladrões como os receptadores, as leis Julia e Plautia não contemplavam a usucapião às coisas obtidas mediante atos de violência (*res possessae*) e a Lex Scribonia proibiu a usucapião das servidões prediais.

De fato, foram excluídas da prescrição aquisitiva as coisas obtidas através de violência (*res vi possessae*) pela *Lex Iuliae* e *Plautia* e, posteriormente, excluíram-se as servidões prediais como suscetíveis da usucapião por meio de *Lex Scribonia*²³⁰.

Sintetizando-se, posteriormente, por volta de 531 d.C., Justiniano unificou os dois institutos – a usucapião da Lei das XII Tábuas e a *praescriptio longi temporis*, sob o nome de *usucapio*.

Cabe ressaltar deste breve escopo histórico desenvolvido que a usucapião sofreu diversas alterações ao longo de sua história, cujos pressupostos foram se adequando aos diversos momentos históricos.

2.4 Da usucapião no Direito brasileiro

²²⁹ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião**. 4. ed. rev. e atual. Vol. 1 e Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2006b. p. 141.

²³⁰ ALVES, José Carlos Moreira. **Evolução histórica**. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 45.

No território brasileiro, o precedente mais antigo da usucapião se centra no dispositivo do artigo 5º da Lei 601, de 18 de setembro de 1850²³¹, que previa a legitimação da posse pelos posseiros, que adquiririam o domínio das glebas devolutas que ocupassem desde que comprovassem cultura efetiva, ou princípios de cultura, e morada habitual.

As constituições federais de 1824 e 1891 não trouxeram elencados nos seus artigos o instituto da usucapião. Observa-se que somente a Constituição Federal de 1934 é que disciplinou no seu artigo 125²³² sobre a usucapião.

Além disso, a Constituição Federal de 1937 continuou disciplinando a usucapião da mesma maneira que a de 1934, havendo mudança somente com a Constituição Federal de 1946 que modificou o tamanho da área a ser usucapida, passando de 10 (dez) hectares para 25 (vinte e cinco) hectares e, ainda, retirando a limitação de que somente os brasileiros poderiam usucapir bens, passando tal direito para todos os residentes no Brasil, não importando a nacionalidade.

Posteriormente, em 10 de novembro de 1964, a área que era de 25 (vinte e cinco) hectares, passou por emenda constitucional a ser de 100 (cem) hectares. A

²³¹ Art. 5º Serão legitimadas as posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária, ou havidas do primeiro ocupante, que se acharem cultivadas, ou com principio de cultura, e morada, habitual do respectivo posseiro, ou de quem o represente, guardadas as regras seguintes: § 1º Cada posse em terras de cultura, ou em campos de criação, compreenderá, além do terreno aproveitado ou do necessario para pastagem dos animaes que tiver o posseiro, outrotanto mais de terreno devoluto que houver contiguo, comtanto que em nenhum caso a extensão total da posse exceda a de uma sesmaria para cultura ou criação, igual ás ultimas concedidas na mesma comarca ou na mais vizinha. § 2º As posses em circumstancias de serem legitimadas, que se acharem em sesmarias ou outras concessões do Governo, não incursas em commisso ou revalidadas por esta Lei, só darão direito á indemnização pelas bemfeitorias. Exceptua-se desta regra o caso do verificar-se a favor da posse qualquer das seguintes hypotheses: 1ª, o ter sido declarada boa por sentença passada em julgado entre os sesmeiros ou concessionarios e os posseiros; 2ª, ter sido estabelecida antes da medição da sesmaria ou concessão, e não perturbada por cinco annos; 3ª, ter sido estabelecida depois da dita medição, e não perturbada por 10 annos. § 3º Dada a excepção do paragrapho antecedente, os posseiros gozarão do favor que lhes assegura o § 1º, competindo ao respectivo sesmeiro ou concessionario ficar com o terreno que sobrar da divisão feita entre os ditos posseiros, ou considerar-se tambem posseiro para entrar em rateio igual com elles. § 4º Os campos de uso commum dos moradores de uma ou mais freguezias, municipios ou comarcas serão conservados em toda a extensão de suas divisas, e continuarão a prestar o mesmo uso, conforme a pratica actual, emquanto por Lei não se dispuzer o contrário. (BRASIL. **Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm>. Acesso em: 17 ago. 2014.)

²³² Art. 125 – Todo brasileiro que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupar, por dez anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, um trecho de terras até dez hectares, tornando-se produtivo por seu trabalho e tendo nele sua moradia, adquirirá o domínio do solo, mediante sentença declaratória devidamente transcrita. (BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**.)

Constituição Federal de 1967 deixou de dispor sobre a usucapião, mencionando no seu artigo 171 que a usucapião seria tratada como assunto de lei ordinária, assim dispondo: “Lei federal disporá sobre as condições de legitimação da posse e de preferência para a aquisição de até 100 hectares, de terras públicas por aqueles que as tornem produtivas com seu trabalho e o de sua família”²³³.

Destarte, na legislação de 1988 ao colocar a usucapião como norma de garantia constitucional cuidou pela defesa das pessoas de escassos recursos financeiros que habitam os centros urbanos e também pelos pequenos produtores rurais que apresentam interesse na zona rural, tornando a área ocupada produtiva.

A Constituição Federal de 1988 disciplinou a questão atinente a usucapião de imóveis urbanos no artigo 183²³⁴.

Pode-se perceber que no artigo, no seu § 1º, a expressão “concessão de uso” que nada tem a ver com o instituto da usucapião, aparece de forma vaga, considerando-se que a usucapião vem transformar uma situação de fato numa de direito, passando de mero possuidor para proprietário e não de possuidor para usuário como se denota.

Por contrato de concessão e suas espécies, o doutrinador Hely Lopes Meirelles²³⁵ menciona:

Contrato de concessão é o ajuste pelo qual a Administração delega ao particular a execução remunerada de serviço ou de obra pública ou lhe cede o uso de um bem público, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais. Daí a tripartição da concessão em concessão de serviço público, concessão de obra pública e concessão de uso de bem público, consubstanciadas em contrato administrativo bilateral, comutativo, remunerado e realizado intuitu personae.

²³³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.**

²³⁴ Art. 183 – Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptos e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. § 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**)

²³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 247.

Destaque-se que o instituto da concessão de uso se define como sendo um contrato administrativo pelo qual o Poder Público concede a utilização de um bem a um particular. Sendo assim, se o § 3º do artigo 183 da Constituição Federal menciona que os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião, então o § 1º, encontra-se totalmente confuso.

Os requisitos para a aquisição da propriedade pela usucapião especial de imóvel urbano são basicamente seis, adiante relatados.

O primeiro requisito é mencionado por Meirelles²³⁶ como limite quantitativo da área, que deve ser de no máximo duzentos e cinquenta metros quadrados.

O segundo requisito é que o imóvel seja urbano, utilizando o conceito da localização da área para definir se é urbano ou rural. Assim, é urbano o imóvel que estiver situado no perímetro urbano, localidade esta definida em lei municipal. Não importando a destinação do imóvel, mas sim a sua localização²³⁷.

O terceiro requisito para a aquisição da propriedade é que a posse seja sem oposição (mansa e pacífica) e ininterrupta, pelo prazo de cinco anos.

O quarto requisito é que o imóvel seja utilizado para moradia do usucapiente ou de sua família.

O quinto requisito é que o usucapiente não tenha, antes, sido beneficiado com a usucapião especial de imóvel urbano, pois a norma constitucional restringiu o benefício a uma única vez. Entretanto, não impede que o usucapiente adquira a propriedade por outra modalidade de usucapião.

Por fim, o sexto requisito é que o usucapiente não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

2.5 Usucapião no Código Civil

O Código Civil de 10 de janeiro de 2002 trouxe inovações sobre questões relacionadas com a propriedade e suas formas de aquisição, preceitos que não

²³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 2001.

²³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 2001.

constavam no Código Civil de 1916, foram formulados para servir à confirmação do fim social do domínio.

Importante lembrar que o legislador ao instituir nos parágrafos 4º e 5º do artigo 1.228²³⁸ do Código Civil modos de aquisição de propriedade, reverenciou o caráter social da propriedade, tratando impropriamente da aquisição de imóvel na parte geral do título da propriedade.

Nota-se que o supratranscrito artigo foi instituído no Título III, “da Propriedade”, do Capítulo I, “da Propriedade em Geral”, na Seção I, “das Disposições Preliminares”, enquanto que somente no Capítulo II, “Da aquisição da propriedade imóvel”, na Seção I, “Da usucapião”, foi que se mencionou as modalidades de usucapião para aquisição de um imóvel.

Nunes²³⁹ mencionou que os parágrafos 4º e 5º do referido art. 1.238 consagram uma inovação do mais alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só um novo conceito desta, mas também um novo conceito de posse, que se poderia qualificar como sendo de posse-trabalho.

Por outro lado, há críticas a respeito dessa modalidade de usucapião, conforme o próprio Carlos Alberto Dabus Maluf²⁴⁰²⁴¹ no código já menciona.

Nota-se que a crítica mencionada é infundada, haja vista que o instituto da usucapião de um modo geral serve para proporcionar que as pessoas que detenham a posse da área usucapida por um determinado tempo, transforme essa

²³⁸ § 4º - O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. § 5º - No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do

imóvel em nome dos possuidores. (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**.).

²³⁹ NUNES, Pedro. **Do Usucapião**: teoria, ação, prática processual, formulários, legislação, regras e brocardos de direito romano, jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

²⁴⁰ “As regras contidas nos §§ 4º e 5º abalam o direito de propriedade, incentivando a invasão de glebas urbanas e rurais, criando uma forma nova de perda do direito de propriedade, mediante o arbitramento judicial de uma indenização, nem sempre justa e resolvida a tempo, impondo dano ao proprietário que pagou os impostos que incidiam sobre a gleba”.

²⁴¹ NUNES, Pedro. **Do Usucapião**: teoria, ação, prática processual, formulários, legislação, regras e brocardos de direito romano, jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

situação de fato, numa situação de direito, legalizando a propriedade daqueles que já habitam os imóveis.

Os parágrafos mencionados trazem como requisitos para essa modalidade de usucapião que se pode denominar como usucapião coletiva *pro labore*, o seguinte: área extensa a ser objeto da usucapião, posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, que tenha sido realizada na área obras ou serviços que o juiz considere de interesse social e econômico relevantes e que se indenize o proprietário da área usucapida²⁴².

Constata-se que o Código Civil de 2002 aliou-se ao enfoque constitucional da predominância da função social e do interesse coletivo em face do direito individual, conferindo assim, modalidades com menor período para a aquisição da propriedade.

De acordo com Nunes²⁴³ o artigo 1.240 do Código Civil é uma mera adequação constitucional, com a intenção de trazer ao Código Civil a mesma norma contida no artigo 183 da Constituição Federal, para que assim não gerasse dúvidas quanto a aplicação dos dois textos, que são praticamente idênticos, apenas com a ressalva de excluir o § 3º do artigo 183 da Magna Carta, haja vista que o Código Civil já menciona nas suas disposições gerais que os bens públicos não podem ser usucapidos.

A Lei 10.257/01²⁴⁴, conhecida como Estatuto da Cidade prevê no Capítulo II “Dos Instrumentos da Política Urbana”, Seção V “Da Usucapião Especial de Imóvel Urbano”, sobre a aquisição de imóvel urbano através do instituto da usucapião.

Esta lei regulamenta dois tipos de usucapião; no artigo 9º²⁴⁵, relata sobre a usucapião individual de imóvel urbano, modalidade também insculpida no artigo 183 da Constituição Federal e já debatida nesta dissertação.

²⁴² NUNES, Pedro. **Do Usucapião**: teoria, ação, prática processual, formulários, legislação, regras e brocardos de direito romano, jurisprudência. 2000.

²⁴³ NUNES, Pedro. **Do Usucapião**: teoria, ação, prática processual, formulários, legislação, regras e brocardos de direito romano, jurisprudência. 2000.

²⁴⁴ BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm>. Acesso em: 20 ago. 2014.

²⁴⁵ Art. 9º Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta

Já no artigo 10²⁴⁶, traz inovação quanto ao instituto, prevendo a usucapião especial coletiva.

O artigo 9º do Estatuto da Cidade que trata da usucapião especial individual apresenta algumas modificações em relação a norma constitucional, que também prevê sobre essa modalidade de usucapião.

Denota-se que o Estatuto da Cidade regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, trazendo maiores garantias ao direito de moradia e se preocupando com a função social da destinação dos imóveis.

Importante mencionar aqui o raciocínio de Loureiro²⁴⁷ que defende:

Deve haver por parte do intérprete um permanente esforço para libertar-se da figura da usucapião individual disciplinada na lei civil que tem por escopo apenas a aquisição da propriedade por modo originário. Aqui, o legislador é mais ambicioso e almeja não só a regularização fundiária, mas também a urbanização da gleba.

metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. § 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão. (BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**).

²⁴⁶ 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. § 1º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas. § 2º A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis. § 3º Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas. § 4º O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio. § 5º As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes. (BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**).

²⁴⁷ LOUREIRO, Francisco. Usucapião coletivo e habitação popular. In: ALFONSI, Betânia de Moraes; FERNANDES, Edégio. (Orgs.). **Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade**: diretrizes, instrumentos e processos de gestão. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 88.

Percebe-se que o novo dispositivo que também regula a usucapião especial de imóveis urbanos, além de mencionar sobre a área, também relata sobre a edificação, o que não constava na norma constituinte.

Destarte, com a referida inovação, a lei que trata do Estatuto da cidade, além de resolver a questão da aquisição da terra, também solucionou o ponto relacionado com a obtenção da edificação contida no terreno.

Deve-se esclarecer também que o artigo 1.243, do Código Civil de 2002, estabeleceu o seguinte “O possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a dos seus antecessores (artigo 1.207), contanto que todas sejam contínuas, pacíficas e, nos casos do art. 1.242, com justo título e de boa-fé”²⁴⁸.

Edésio Fernandes²⁴⁹ comenta que:

o Estatuto da Cidade reconheceu que a crise generalizada de moradia e a proliferação de formas de ilegalidade urbana no que diz respeito aos processos de acesso ao solo e à moradia – produzidas pela combinação entre a falta de políticas adequadas, a ausência de opções suficientes e acessíveis oferecidas pelo mercado imobiliário, e pelo sistema jurídico excludente em vigor até a promulgação da Constituição de 1988 – são ao mesmo tempo resultados e causas de vários problemas enfrentados pelos municípios.

Deve-se lembrar que além de regulamentar os institutos já existentes do usucapião especial urbano individual e da concessão de direito real de uso, que devem ser utilizados para a regularização das ocupações em áreas privadas e em áreas públicas, respectivamente, a nova lei avançou para admitir a utilização de tais instrumentos de forma coletiva.

Tem-se que o usucapião especial coletivo, incorporado ao sistema jurídico brasileiro pelo Estatuto da Cidade, vem, juntamente com outros instrumentos jurídicos, contribuir para a consecução de uma política urbana que privilegie a função social da propriedade imobiliária urbana no Brasil, a partir da política de regularização fundiária em favor da população de baixa renda²⁵⁰.

²⁴⁸ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.**

²⁴⁹ FERNANDES, Edésio. Um novo Estatuto para as cidades brasileiras. In: OSÓRIO, Letícia Marques (Coord.). **Estatuto da Cidade e reforma urbana:** novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2002. p. 11-12

²⁵⁰ FERNANDES, Edésio. Um novo Estatuto para as cidades brasileiras. In: OSÓRIO, Letícia

Por outro lado, é importante esclarecer se o usucapião especial urbano coletivo, instituído pela Lei nº 10.257/01, estaria, hipoteticamente, eivado de inconstitucionalidade.

Haja vista que a Constituição Federal de 1988 teria criado apenas a figura do usucapião individual reconhecível em favor de quem ocupe área urbana de dimensão igual ou inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados, mas não o usucapião especial coletivo em favor da população de baixa renda que ocupe área com dimensão superior à definida no texto da Carta Magna²⁵¹.

De fato, é relevante destacar que, em relação ao usucapião individual, previsto no artigo 9º do Estatuto da Cidade, sua constitucionalidade, uma vez que o tratamento dado ao instituto previsto no artigo 183 da Constituição de 1988, “apesar de não ser mera reprodução do referido texto, veio pormenorizar o instituto, consagrando em sua alteração legislativa o que a melhor doutrina já havia reconhecido”²⁵².

Primeiramente, em relação ao argumento de que o artigo 183 da Constitucional Federal não previu a possibilidade de usucapião coletivo²⁵³, não podendo, pois, uma lei infraconstitucional autorizá-lo, tem-se que não pode prosperar, haja vista que a interpretação literal do dispositivo da Carta Maior não é impedimento à aplicabilidade do instituto²⁵⁴.

Marques (Coord.). **Estatuto da Cidade e reforma urbana**: novas perspectivas para as cidades brasileiras., 2002. p. 14.

²⁵¹ LOUREIRO, Francisco. Usucapião coletivo e habitação popular. In: ALFONSI, Betânia de Moraes; FERNANDES, Edésio. (Orgs.). **Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade**: diretrizes, instrumentos e processos de gestão. 2004.

²⁵² FERNANDES, Edésio. Um novo Estatuto para as cidades brasileiras. In: OSÓRIO, Letícia Marques (Coord.). **Estatuto da Cidade e reforma urbana**: novas perspectivas para as cidades brasileiras., 2002. p. 17.

²⁵³ FERNANDES, Edésio. Um novo Estatuto para as cidades brasileiras. In: OSÓRIO, Letícia Marques (Coord.). **Estatuto da Cidade e reforma urbana**: novas perspectivas para as cidades brasileiras., 2002.

²⁵⁴ FERNANDES, Edésio. Um novo Estatuto para as cidades brasileiras. In: OSÓRIO, Letícia Marques (Coord.). **Estatuto da Cidade e reforma urbana**: novas perspectivas para as cidades brasileiras., 2002.

CAPÍTULO 3

O DIREITO REAL DE USO DAS FACHADAS DE IMÓVEIS

3.1 Regulamentação da usucapião de bens imóveis no direito civil brasileiro

O fundamento da usucapião de bens imóveis encontra-se fortificado na função social da propriedade e, seu objetivo social segundo Gonçalves²⁵⁵ é “consolidar as aquisições e facilitar a prova do domínio” além de garantir uma reivindicação indesejada.

O instituto visa proteger aquele que de fato exerce sobre a posse e a utiliza de modo a fazer com que ela cumpra sua função social. Conforme salienta Orlando Gomes²⁵⁶ “a usucapião favorece o possuidor contra o proprietário, sacrificando este com a perda de um direito que não está obrigado a exercer.

O ordenamento jurídico brasileiro divide a usucapião de bens imóveis em:

Extraordinária, comporta duas espécies prevista no caput do Artigo 1.238²⁵⁷ e parágrafo único do Código Civil;

A usucapião de bens imóveis extraordinária é declarada pelo juiz por meio de sentença, portanto o juiz declara que a pessoa adquiriu aquela propriedade pelo tempo. Com a sentença do juiz, o autor poderá fazer o registro no cartório de imóveis, sendo de grande importância esse registro para que se dê a publicidade de tal fato.

²⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das coisas. 2009. p. 235.

²⁵⁶ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 2005. p. 187.

²⁵⁷ “Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis. Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo”. (BRASIL. **Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002**.).

Ordinária, comporta duas espécies prevista no caput do Artigo 1.242²⁵⁸ e parágrafo único do Código Civil;

A usucapião de bens imóveis ordinária é a prevista no artigo 1.242 do nosso Código Civil vigente, sendo que para essa espécie de usucapião o prazo é menor, sendo de dez anos, pois se exige o justo título e a boa-fé do possuidor, além da posse mansa e pacífica, sendo que a posse mansa e pacífica são requisitos em comum entre todas as espécies de usucapião de bens imóveis.

Especial ou Constitucional, comporta duas espécies, a saber: Rural (*pro labore*), com previsão nos seguintes artigos: Artigo 191²⁵⁹ da Constituição Brasileira de 1988, Artigo 1.239²⁶⁰ do Código Civil.

É necessário também para que se caracterize a usucapião de bens imóveis especial rural ou agrária a posse mansa e pacífica e o decurso de prazo, bem como o possuidor não ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural e tornar a propriedade produtiva pelo seu trabalho ou de sua família.

A usucapião de bens imóveis especial rural, tem como lapso de tempo exigido em lei para sua caracterização cinco anos, como a usucapião de bens imóveis especial urbana.

Urbana (*pró-moradia* ou *pró misero*), com previsão nos seguintes artigos: Artigo 183²⁶¹ da Constituição, Artigo 1.240²⁶² do Código Civil, Artigo 9º²⁶³ do Estatuto da Cidade.

²⁵⁸ “Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos. Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico”. (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.**).

²⁵⁹ “Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**)

²⁶⁰ “Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade”. (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.**).

²⁶¹ “Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros

Sua principal característica que a diferencia das demais espécies de usucapião está no tamanho do terreno do imóvel em questão, sendo para tanto, necessário para se caracterizar como usucapião de bens imóveis urbano que o terreno possua não mais do que duzentos e cinquenta metros quadrados.

Faz-se necessário também para que se caracterize a usucapião de bens imóveis especial urbana a posse mansa e pacífica e o decurso de prazo exigido em lei, bem como o possuidor não ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural e exercer a posse com a intenção de ser dono.

Coletiva, com previsão no Estatuto da Cidade, no Artigo 10²⁶⁴.

Há outras espécies de usucapião, a exemplo da indígena prevista no Estatuto do Índio, bem como a de bens imóveis.

Supridos os requisitos²⁶⁵, o usucapiente recorre à ação de usucapião regulada pelos Artigos 941²⁶⁶ a 945 do Código de Processo Civil, que se julga

quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. § 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião". (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**)

²⁶² "Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural". (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.**)

²⁶³ "Art. 9º Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil". (BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.**)

²⁶⁴ "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. § 1º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas. § 2º A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis. § 3º Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas. § 4º O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio. § 5º As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes". (BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.**)

procedente, após o trânsito em julgado a sentença, esta declara o domínio, deve ser levada a registro no Cartório de Registro de Imóveis, momento este em que se tornará oponível *erga omnes*, havendo neste ato a consolidação do direito real de propriedade.

Importante dizer também que, conforme descrição em nossa Constituição Federal atual e nosso Código Civil vigente, os bens públicos não estão sujeitos a usucapião, devido ao princípio da imprescritibilidade dos bens públicos, conforme pensamento de Nelson Godoy Bassil Dower²⁶⁷:

Devido ao princípio da imprescritibilidade dos bens públicos, estes não podem ser adquiridos por usucapião. A Constituição Federal colocou um ponto final na questão. **“Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”** (parágrafo único do art. 191) ou como diz o art. 102 do CC: **“Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião”**. Portanto, as terras devolutas, aquelas que voltaram para o domínio da nação, mesmo que estejam na posse mansa e pacífica de particulares, mesmo pelo prazo superior a 15 anos, não podem ser objeto de usucapião.

Portanto, os bens públicos não estão sujeitos ao usucapião, pois são protegidos por nosso ordenamento jurídico.

3.2 Procedimentos jurídicos da usucapião de bens imóveis

Nosso vigente Código de Processo Civil descreve em seus artigos 941 a 945 a ação de usucapião em terras particulares.

²⁶⁵ São requisitos da usucapião: Real, Pessoal e formal.

²⁶⁶ “Art. 941. As penas previstas nos arts. 939 e 940 não se aplicarão quando o autor desistir da ação antes de contestada a lide, salvo ao réu o direito de haver indenização por algum prejuízo que prove ter sofrido. Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932. Art. 943. O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança. Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização. Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”. (BRASIL. **Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002.**).

²⁶⁷ DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Direito civil: direito das coisas**. 2004. p. 147.

Nosso Código de Processo Civil trazia dentre alguns dos requisitos necessários, a possibilidade de se requerer a designação de uma audiência para se justificar a posse, porém a lei 8.951/94 trouxe uma nova prescrição a cerca desse assunto, sendo dispensada a justificação da posse, conforme pensamento de Silvio Rodrigues²⁶⁸.

O Código de Processo Civil, em seus arts. 941 a 945, cuidava da ação de usucapião de terras particulares, e, entre os requisitos exigidos, havia o de requerer designação de audiência para justificação da posse. A Lei n. 8.951, de 13 de dezembro de 1994, alterando esses dispositivos, dispensa a justificação da posse.

O artigo 944 do nosso vigente Código Processual Civil indica que o Ministério Público terá obrigação de intervir no processo: “Intervirá obrigatoriamente em todos os atos do processo o Ministério Público”.

Nosso ordenamento jurídico prevê, portanto, a possibilidade de se requerer em juízo a propriedade, baseado em seu exercício de posse sobre o bem.

Então os procedimentos jurídicos a serem adotados na ação de usucapião de bens imóveis, estão previstas em nosso vigente Código de Processo Civil em seus artigos 941 a 945.

3.3 Da ação de usucapião de bens imóveis

Na ação de usucapião de bens imóveis a petição inicial deverá ter seu pedido devidamente fundamentado, bem como deverá conter em anexo a planta do imóvel, e deverá se requerer a citação de quem o nome estiver constando no registro do imóvel a ser usucapido, bem como daqueles que forem confinantes.

No caso de réus e eventuais interessados que estejam em lugar incerto e não sabido, a citação será realizada por edital, e sendo observado o disposto, com relação ao prazo, no inciso IV do artigo 232 do Código Processual Civil, conforme nos indica o artigo 942 do referido diploma legal.

A citação para que seja manifestado interesse na causa, dos

²⁶⁸ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito das coisas. 2002b. p. 114.

representantes da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, será feita via postal, conforme o artigo 943 do nosso atual Código Processual Civil.

Caso a ação não seja contestada, e se o juiz estiver convencido das alegações do autor, o mesmo poderá julgar de plano procedente o pedido, e caso seja contestado a ação, ou mesmo não comprovada a posse por parte do autor da ação, o juiz após sanear o processo, marcará audiência para instrução e julgamento, e o mesmo seguirá o curso ordinário, como menciona Silvio Rodrigues²⁶⁹.

Não contestada a ação e convencido daquilo que foi argüido pelo autor, pode o juiz, de plano, julgar procedente o pedido. Não provada a posse ou contestado o feito, o juiz depois de saneá-lo marcará audiência para instrução e julgamento, seguindo o processo curso ordinário.

Portanto, não existindo a contestação sobre a ação proposta de usucapião e, convencido o juiz da veracidade das informações trazidas pelo autor da ação, a ação poderá ter o pedido julgado procedente pelo juiz, porém a ação seguirá em curso ordinário caso seja contestada ou mesmo não se tenha obtido a prova da posse alegada pelo autor e tendo o juiz saneado o processo e marcado audiência de instrução e julgamento.

A natureza jurídica da sentença da ação de usucapião de bens imóveis é declaratória, uma vez que essa sentença expedida pelo juiz terá como objetivo declarar que o possuidor requer a propriedade do imóvel em questão, através da posse e preencheu os requisitos exigidos em lei, sendo que esta sentença deverá ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis para que se regularize a situação do imóvel, ainda com relação à sentença, ficará registrado como data de aquisição da propriedade o dia da tomada da posse.

Conforme pensamento de Caio Mário da Silva Pereira²⁷⁰ “A sentença será o desfecho de uma ação, a que sempre os processualistas se referiram. E sendo declaratória, produz efeito retrooperante, como se a propriedade se tivesse adquirido desde o dia da tomada de posse”.

²⁶⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito das coisas**. 2002b. p. 114.

²⁷⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Intuições de direito civil**. 1999. p. 147.

Consoante ao pensamento de Caio Mário da Silva Pereira, com relação ao fato de a natureza jurídica da sentença de usucapião ser declaratória está o de outro autor, Silvio de Salvo Venosa²⁷¹:

Como acenado, a ação de usucapião é de eficácia declaratória: “poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião a propriedade” (atual, art.1.241). Reconhece-se a existência da aquisição da propriedade. Não se constitui a propriedade pela sentença. Tendo em vista essa declaratividade, permite-se que o usucapião possa ser alegado como matéria de defesa, para obstar ação reivindicatória.

Pode-se verificar ainda nas palavras de Venosa que esta sentença que é dada pelo juiz poderá ser utilizada como uma espécie de defesa do possuidor, caso este tenha sua posse ameaçada por terceiro, e possuindo essa sentença poderá se valer dela para defender o imóvel em questão.

É fundamental refletir sobre a usucapião de bens imóveis, como uma maneira de se regularizar a propriedade, haja vista, que se trata de um modo de aquisição pela posse, pode-se utilizar-se disto como um mecanismo para se obter a regularização do imóvel, pois, muitas propriedades não possuem o devido registro imobiliário, porém a propriedade possui o proprietário, que adquiriu a propriedade através de contrato, ou até mesmo através de escritura pública, porém a mesma não pode ser registrada.

3.4 Aplicação da usucapião em propriedade imaterial

É importante ressaltar, neste estudo, que a materialidade também não é o único requisito para se configurar a posse. Dessa forma, não há o que se falar em ausência de posse quando se trata de coisa incorpórea.

Sendo assim, a exigência da posse para a configuração da usucapião não exclui bens incorpóreos. Neste sentido, já se decidiu:

A pretensão ao interdito proibitório pode existir seja ou não corpóreo o bem. O interdito de que se fala é possessório. E objeto de posse tanto pode ser o bem corpóreo como o incorpóreo (obra intelectual, invenção, desenho de utilidade ou modelo industrial, marca de indústria e comércio, sinal de

²⁷¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 2007. p. 210.

propaganda, indicação de proveniência). Onde quer que possa ser objeto de propriedade do bem pode haver posse.²⁷²

A propriedade tradicional, aquela que previa apenas a existência de bens móveis e/ou imóveis, está superada. Com efeito, a modernidade trouxe também a fluidez do conceito dos bens passíveis de serem objeto do domínio.

Contudo, também podem ser incluídos no conceito de propriedade imaterial os direitos reais de uso no que concerne a usucapião a usucapião de linhas telefônicas, usucapião de ações, usucapião da propriedade intelectual, usucapião do direito de autor, usucapião da propriedade industrial, usucapião de energia elétrica, usucapião de bens virtuais (domínio, correio eletrônico, programas de computador).

Este estudo se ocupará apenas do usucapião de linhas telefônicas e usucapião de bens virtuais, mais especificamente o domínio, brevemente o correio eletrônico e da possibilidade do usucapião do direito real de uso do programa de computador.

Destarte, passa-se agora à análise de bens incorpóreos que suscitam algumas dúvidas quanto à possibilidade de serem usucapidos.

3.4.1 Da usucapião de linhas telefônicas

A prescrição aquisitiva do direito de uso de linha telefônica é tema bastante discutido em nossa sociedade que não passa despercebido por nossos Tribunais. Neste cenário surge duas correntes doutrinárias opostas sobre a possibilidade de se usucapir linhas telefônicas. A primeira delas defendia tratar-se de um direito pessoal e, portanto, não passível de usucapião. Já a segunda corrente defendia tratar-se de direito real e, portanto, passível de usucapião.

Com relação a esta matéria, as companhias telefônicas, com amparo na primeira corrente acima mencionada, sustentavam que as linhas telefônicas eram disponibilizadas aos usuários mediante contrato pessoal de uso de linha telefônica e, portanto, insuscetível da usucapião (RT 543/213).

²⁷² RT 659/67, sem destaque no original.

De acordo com os ensinamentos de Luiz Orione Neto²⁷³ a doutrina, praticamente, *im omminum consensu*, quando confronta os pontos divergentes e diferenciadores dos direitos reais e dos direitos pessoais, põe em evidência que um dos motivos pelos quais afastam-se direitos reais dos pessoais é, justamente o fato de que os primeiros podem ser adquiridos por usucapião, o que, de modo algum acontecerá quando nos referimos aos segundos.

Duas correntes se formam traçando posições antagônicas acerca da superveniência da aquisição do direito real de uso de linha telefônica por usucapião. A primeira delas se sustenta que o direito pessoal de uso do telefone é insuscetível de usucapião.

Em verdade, importando a assinatura do aparelho telefônico direito de uso decorrente de contrato com respectiva concessionária, é insuscetível de aquisição pelo usucapião. Usucapião é atinente a direito real.²⁷⁴

Ao seguir a linha de raciocínio Luiz Orione Neto²⁷⁵ estabelece uma ligação com o usufruto afirmando que:

[...] estabelece o art. 718 “o usufrutuário tem Direito à Posse, uso, administração e percepção dos frutos”. Por força da remissão feita pelo art. 745, resulta evidente que “...o Usuário tem Direito à Posse”, ou melhor, dizendo, o Usuário tem Direito a um dos elementos integrantes do conteúdo da Posse.

O usuário que utiliza um linha telefônica cedida, emprestada ou alugada, tem o direito de se socorrer das ações possessórias para tutelar essa relação, desde que tenha motivo hábil a romper o liame então existente.

Luiz Orione Neto²⁷⁶ vai mais além, descrevendo outras situações que se manifestam:

²⁷³ ORIONE NETO, Luiz. **Posse e usucapião**: linha telefônica, direitos autorais, energia elétrica, direitos pessoais. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: LEJUS, 1999. p. 257.

²⁷⁴ ORIONE NETO, Luiz. **Posse e usucapião**: linha telefônica, direitos autorais, energia elétrica, direitos pessoais. 1999. p. 122.

²⁷⁵ ORIONE NETO, Luiz. **Posse e usucapião**: linha telefônica, direitos autorais, energia elétrica, direitos pessoais. 1999. p. 122.

²⁷⁶ ORIONE NETO, Luiz. **Posse e usucapião**: linha telefônica, direitos autorais, energia elétrica, direitos pessoais. 1999. p. 122.

[...] em idêntica situação se colocam outras modalidades de uso de energia, como telefones celulares, aparelhos de fax, televisões a cabo, transmissão de dados a distância, dentre outros. É cediço que a proteção Possessória nunca há de ser deferida contra a concedente do serviço, mas sim contra aqueles que turbam a utilização do celular, da Linha Telefônica, da televisão a cabo, etc. O Direito não pode ignorar as novas manifestações tecnológicas da era da informática. Desse modo, volta-se com nova roupagem ao mesmo tema que origina a proteção Possessória: a Posse é meio de defesa protetivo de poder físico e da utilização econômica da coisa.

Recentemente, o Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, em v. acórdão subscrito pelo notável Juiz Roberto Bedaque, sustentou a impossibilidade de usucapião de linha telefônica mesmo na disputa entre particulares. Segue a fundamentação do v. aresto:

O direito à utilização de linha telefônica não tem natureza real, pois não afeta a coisa direta e imediatamente, não implica poder de fato sobre determinada coisa. Trata-se de direito pessoal de corrente de contrato entre usuário e a concessionária do serviço telefônico.

Nessa medida, não pode ser objeto de usucapião.

“Vê-se, pois, que só pode ser objeto de prescrição o direito real, isto é, o direito que vincula diretamente a coisa corpórea. A razão é clara: a prescrição aquisitiva requer como elemento essencial a posse ou a quase-posse, fatos que só são possíveis ou em relação às coisas corpóreas, ou em relação aos direitos reais sobre coisa corpórea”. (Lafayette Rodrigues Pereira. Direitos das cousas. Freitas Bastos, 3. ed.. p. 160: no mesmo sentido, Darcy Bessone. Direitos reais, Forense, 7. ed. p. 160).

Impossível, pois, o usucapião do direito pessoal de uso de linha telefônica. Assim se tem decidido (cf. jta (lex) 143/184. 138/245, 129/66, 126/75), inclusive nesta Colenda Câmara (cf. Apelação n. 597.028-3. Rel. Juiz Campos Mello).²⁷⁷

No entanto, de acordo com Orione Neto críticas podem ser dadas a essa postura. Primeiramente, porque a justificativa para negar a usucapião como forma de aquisição de linha telefônica está completamente equivocada.

Fala-se em direito de contrato pessoal e, isso, porque não está incluído no *numerus clausus* dos direitos reais. Rita de Cássia Curvo Leite adverte: [...] estranho seria se no inc. IV do artigo 674 do CC houvesse o legislador incluído, expressamente, o termo de uso de linha telefônica.²⁷⁸

A segunda corrente jurisprudencial, todavia, tem admitido que o uso de linha telefônica consubstancia direito real e, por essa razão, pode-se ter o

²⁷⁷ Lex JTACivSP 156/164. Ainda pela impossibilidade confira: RT 546/117, 547/61

²⁷⁸ ORIONE NETO, Luiz. **Posse e usucapião**: linha telefônica, direitos autorais, energia elétrica, direitos pessoais. 1999. p. 259.

usucapião.

Na doutrina, Rita de Cássia Curvo Leite em comentário a acórdão do TACivSP, publicado na Revista de Processo 57/220 a 229 articula as seguintes considerações em prol da admissibilidade do usucapião de linha telefônica, *verbis*:

“Na lição de Trabucchi o uso constitui um usufruto limitado ou, ainda, como prefere De Page, um usufruto em miniatura. Desse modo, apresenta as mesmas características jurídicas do usufruto, vale dizer, é um direito real, temporário, constituindo um desmembramento da propriedade.

“Uma vez que se aplicam o uso as disposições legais concernentes ao usufruto, pode-se inferir que este, como aquele, é adquirido também por usucapião.

“Neste sentido, a admissão de usucapião de direitos pertinentes a telefone consiste na circunstância de que ao direito de uso são aplicáveis no que não for contrário à sua natureza, as disposições relativas ao usufruto (art. 745 do CC) e, como este se extingue pela prescrição (art. 739, VI do CC), segue-se daí que o direito de uso também se perde pela prescrição. Passível, assim, de usucapião o direito de uso de terminal telefônico”.²⁷⁹

Do mesmo sentido, a autorizada lição do Des. Benedito Silvério Ribeiro enuncia:

“Afirmou o Tribunal de Justiça de São Paulo que o direito pessoal de uso do telefone é insuscetível de usucapião.

Em que pese ao respeitável entendimento afigura-se possível e justo permitir-se a aquisição do direito de uso de linha telefônica via usucapião.

“A transferência sempre foi possível, mesmo que porque hoje o telefone ostenta valor elevado e é negociável, apesar de restrições que foram impostas, como adiante será analisado.

“Não é cabível enquadrar o direito em questão sob o ângulo da impenhorabilidade, pelo fundamento de que há concessão do poder público e, por conseguinte, por serem públicos os bens e serviços fornecidos pela concessionária.

“O direito ao uso de telefone é penhorável, ficando a transferência da assinatura ou substituição do usuário, uma vez processada a alienação judicial, submetida às normas contratuais e regulamentares.

“Sendo cabível penhora quanto ao uso do telefone, deve ficar ressaltado que são comuns as vendas por meio de leilões judiciais.

“A possibilidade de aquisição de telefone por usucapião sempre foi considerada inafastável, pois o direito do seu uso em todo o tempo foi negociável e, portanto, transferível a terceiro.”²⁸⁰

A corroborar com a tese da possibilidade de se usucapir direito real de uso de linha telefônica, os defensores valiam-se do disposto no artigo 48, inciso I, do

²⁷⁹ LEITE, Rita de Cássia Curvo. Usucapião de linha telefônica (arts. 619 e 745 do CC). In RP 57/220.

²⁸⁰ ORIONE NETO, Luiz. **Posse e usucapião**: linha telefônica, direitos autorais, energia elétrica, direitos pessoais. 1999. p. 261.

Código Civil de 1916, que considerava bens móveis os direitos reais sobre objetos móveis. “Art. 48. Consideram-se móveis para os efeitos legais: I - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes”.²⁸¹

No entanto, Benedito Silvério Ribeiro ressalta que a possibilidade de aquisição de telefone por usucapião sempre foi considerada inafastável, pois o direito do seu uso tem todo o tempo foi negociável e, portanto, transferível a terceiro.²⁸²

No tocante, a doutrina não tem dispensado um tratamento adequado com relação à possibilidade de usucapião de direito real de uso de linha telefônica. O mesmo, todavia, não se pode dizer da jurisprudência que, na sua função criadora, tem se preocupado em tratar o tema de forma sistemática e mais harmoniosa contribuindo muito no desenvolvimento desse assunto.

Um dos poucos autores que abordou o assunto, Nelson Luiz Pinto²⁸³ reconhece o papel relevante da jurisprudência, ao observar que:

A jurisprudência divide-se quanto à possibilidade ou não de usucapião sobre linhas telefônicas. Parece-nos mais acertado o entendimento que dá pela impossibilidade, por se tratar de direitos pessoais: RT 546/117, 547/61 e 543/213; RJTJSP 80/203. Em sentido contrário, pela admissibilidade: RT 256/301, 476/89, 396/254, 387/222, 372/279, 547/60 e 591/38.

Pode-se perceber quando o assunto mereceu alguma anotação na doutrina, ela se prescreve os posicionamentos divergentes estampados nos acórdãos dos tribunais.

No entanto, faltou a Nelson Luiz Pinto observar-se se a jurisprudência dividia-se quanto à possibilidade ou não de usucapião sobre linhas telefônicas no que respeita a disputa entre particulares ou se tal divergência manifestava-se na obtenção da declaração judicial de domínio frente à concessionária de serviço público.²⁸⁴

Ressalta-se aqui que a usucapião de que se trata neste estudo diz

²⁸¹ BRASIL. **Lei nº 3.071 de 01 de Janeiro de 1916.**

²⁸² RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 373-374.

²⁸³ PINTO, Nelson Luiz. **Ação de Usucapião.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. p. 112.

²⁸⁴ ORIONE NETO, Luiz. **Posse e usucapião:** linha telefônica, direitos autorais, energia elétrica, direitos pessoais. 1999.

respeito aos direitos da linha telefônica que tem valor comercial e não do aparelho telefônico. Dessa forma, a possibilidade do usucapião do direitos de uso de linha telefônica no que concerne à posse vem sendo acolhida nos tribunais, quando a disputa se restringe a usuários.

Salienta-se que a Súmula n° 193 do Superior Tribunal de Justiça legisla que o direito de uso de linha telefônica pode ser adquirido por usucapião.

De fato, o Superior Tribunal de Justiça, o guardião da legislação ordinária federal, depois de reiterados pronunciamentos uniforme e uníssonos no sentido de que é cabível a ação de usucapião de direito real de uso de linha telefônica, editou a Súmula n° 193, com o seguinte enunciado: “O direito de uso de linha telefônica pode ser adquirido por usucapião”.

A referência que se faz de julgados uniformes que conduziram à adoção da Súmula n° 193, do Supremo Tribunal de Justiça são os seguintes:

REsp. n° 24.410-2 SP (3^a T 04.05.93 – DJ 31.05.93).

REsp. n° 34.774-2 SP (3^a T 07.06.94 – DJ 08.08.94).

REsp. n° 41.611-6 RS (3^a T 25.04.93 – DJ 30.05.94).

REsp n° 64.627-8 SP (4^a T 14.08.95 – DJ 25.09.95).

REsp n° 90.687-0 RJ (4^a T 28.06.96 – DJ 24.06.96).

No intuito de transcrever em suas linhas essenciais a fundamentação desses julgados que foram publicados na Revista do Superior Tribunal de Justiça, vol. 101, p. 289-303.

Do Recurso Especial n° 24.410-2 SP. Rel. Min. Dias Trindade: “O direito de utilização de linha telefônica, que adquire, normalmente, por contrato oneroso com a concessionária do serviço, possui característica que o aproximam do hoje raro, uso, dito diminutivo de usufruto, que se aperfeiçoa pela tradição nos termos do art. 675 do Código Civil, sendo que , no caso de que se cuida, essa tradição se efetiva pela instalação da linha telefônica, que põe o usuário na posse dos meios de comunicação proporcionados pela concessionária ainda que de posse assemelhada àquela que detém o locatário, em relação ao locador o que lhe assegura o direito à defesa diante de terceiros, pelos meios legais de proteção.

“É sabido que os direitos reais podem ser objeto de usucapião e o direito de utilização da linha telefônica que se exerce sobre a coisa, cuja tradição se efetivou, como acima indicado, se apresenta como daqueles que ensejam extinção por desuso e, por consequência, sua aquisição pela posse durante o tempo que a lei prevê como suficiente para usucapir.

“É de dizer que não se põe dúvida quanto ao valor patrimonial desse direito sobre a coisa posta a serviço do que dela se utiliza, tanto que desde muito se tem admitido que é direito susceptível de penhora, para garantia de dívida, em execução, além de ser admitida a sua negociação, por transferência numa quase corporização de seu objeto, a induzir a possibilidade jurídica de sua aquisição pelo meio pretendido.”²⁸⁵

Do Recurso Especial nº 34.774-2 SP, Rel. Min. Cláudio Santos, “A jurisprudência de nossos pretórios vem se firmando no sentido de admitir a aquisição por usucapião do direito de uso de linha telefônica.

“Ademais, como bem consignado em acórdão da lavra do em Min. Cordeiro Guerra, por ocasião do julgamento do RE nº 86.172-6/MG. “a concessionária não é senhora ou possuidora do direito de uso do aparelho telefônico, mas somente deste. O direito de uso pertence ao assinante, em virtude do contrato de adesão regulamentado pelo poder público”. (in RTJ 88/969).²⁸⁶

Do Recurso Especial nº 41.611-6/RS. Rel. Min. Waldemar Zweiter: “A jurisprudência do STJ acolhe o entendimento haurido na doutrina no sentido de que o direito de utilização de linha telefônica, que se exerce sobre a coisa, cuja tradição se efetivou se apresenta como daqueles que ensejam extinção por desuso e, por consequência, sua aquisição pela posse durante o tempo que a lei prevê como suficiente para usucapir (prescrição aquisitiva de propriedade)”.²⁸⁷

Do Recurso Especial nº 64.627-8/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. “A jurisprudência do STJ admite ação de usucapião de direito de uso de linha

²⁸⁵ **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, vol. 101, p. 289-303.

²⁸⁶ **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, vol. 101, p. 289-303.

²⁸⁷ **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, vol. 101, p. 289-303.

telefônica”.²⁸⁸

Do Recurso Especial n° 90.687-RJ Rel. Min. Sálvio Teixeira: “Dúvida realmente existia, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a respeito da aquisição do direito de utilização de linha telefônica através do usucapião. Atualmente, no entanto, a questão não guarda maiores discussões, estando sedimentado o posicionamento no sentido de admissibilidade.”²⁸⁹

De acordo com os ensinamentos de Luiz Orione Neto, esse direito de linha telefônica se aproxima e, muito, do direito de uso, direito real definido no artigo 674, IV, do Código Civil, que nada mais é do que um usufruto limitado com as mesmas características jurídicas deste, inclusive com a aplicação das regras jurídicas peculiares ao usufruto.²⁹⁰

Dessa forma, se o usufruto se desfaz pela prescrição, o mesmo se dá com o uso sendo admissível a aquisição por outrem desse direito real através da prescrição aquisitiva, ou seja, usucapião. Neste sentido, Benedito Silvério Ribeiro ensina²⁹¹:

“Afirmou o Tribunal de Justiça de São Paulo que o direito pessoal de uso do telefone é insuscetível de usucapião.

“Em que pese o respeitável entendimento, afigura-se possível e justo permitir-se a aquisição do direito de uso de linha telefônica, via usucapião.

“A transferência sempre foi possível, mesmo porque hoje o telefone ostenta valor elevado e é negociável, apesar de restrições que foram impostas como adiante será analisado.

“Não é cabível enquadrar o direito em questão sob o ângulo da impenhorabilidade, pelo fundamento de que há concessão do poder público e, por conseguinte, por serem públicos os bens e serviços fornecidos pela concessionária.

“O direito ao uso de telefone é penhorável, ficando a transferência da assinatura ou substituição do usuário, uma vez processada a alienação judicial, submetida às normas contratuais e regulamentares.

“Sendo cabível penhora quanto ao uso de telefone deve ficar ressaltado que são comuns as vendas por meio de leilões judiciais.

“A possibilidade de aquisição de telefone por usucapião sempre foi considerada inafastável, pois o direito de seu uso em todo o tempo foi negociável e, portanto, transferível a terceiro”.

²⁸⁸ **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, vol. 101, p. 289-303.

²⁸⁹ **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, vol. 101, p. 289-303.

²⁹⁰ ORIONE NETO, Luiz. **Posse e usucapião**: linha telefônica, direitos autorais, energia elétrica, direitos pessoais. 1999. p. 274.

²⁹¹ ORIONE NETO, Luiz. **Posse e usucapião**: linha telefônica, direitos autorais, energia elétrica, direitos pessoais. 1999. p. 274.

Além disso não discrepa desse entendimento a jurisprudência deste Tribunal de que são exemplos, os REsps nº 24.410-SP (DJ), 41.644-RS (DJ 30.05.94) e 34.774-SP (DJ 8.8.94), assim, ementados, respectivamente:

“É possível a aquisição de direito de uso de linha telefônica, por usucapião, posta em face do seu assinante”.

“A jurisprudência do STJ acolhe entendimento haurido na doutrina no sentido de que o direito de utilização de linha telefônica, que se exerce sobre a coisa, cuja tradição se efetivou, se apresenta como daqueles que ensejam extinção por desuso e, por consequência, sua aquisição pela posse durante o tempo que a lei prevê suficiente para usucapir (prescrição aquisitiva de propriedade)”.

“O direito de uso de linha telefônica é susceptível de aquisição por usucapião”.

Denota-se pela relevante fundamentação desses escólios jurisprudenciais, que adotou-se a Súmula nº 193 do Superior Tribunal de Justiça, ratificando e consolidando, em definitivo, no entendimento no sentido de que é cabível a ação de usucapião de direito real de uso de linha telefônica.

3.4.2 Da usucapião de bens virtuais

É importante esclarecer que por se tratar de matéria relativamente nova, a doutrina abalizada é ainda bastante escassa, restando apenas a contenda de poucos escritores.

Bens virtuais são considerados como bens incorpóreos que nasceram do advento da informática, em que o computador é o suporte físico para a sua real existência, muito embora dele se distinga.

As propriedades virtuais mais evidentes e de maior utilidade prática são, não necessariamente nesta ordem, o domínio, as páginas de internet, os arquivos eletrônicos, o uso de e-mail e os programas de computador.

Com relação ao domínio, este é o espaço virtual que determinado usuário detém na internet acessando o respectivo endereço eletrônico por ele registrado. Há quem defenda que o domínio está sujeito à usucapião por se tratar de bens móveis

e incorpóreos e, portanto, ínsitos ao direito de propriedade.²⁹² Todavia, é preciso que se denote a diferença entre o nome de domínio e o domínio em si, compreendido pelo conteúdo do espaço virtual.

Destarte que o conteúdo do espaço virtual não possa ser objeto de usucapião por se tratar de criação intelectual descrita pelo Direito de Autor que escapa da usucapião. Com relação ao nome domínio, este pode ser adquirido por usucapião. O nome domínio tem semelhança à marca em que o sinal distintivo pelo qual o usuário é identificado. Dessa forma, o nome de domínio se sujeita à usucapião.²⁹³

Como todo direito virtual, o domínio da internet equivale aos bens móveis. Desse modo, aquele que possuir coisa móvel como sua, contínua e incontestadamente durante três anos, com justo título e boa-fé, adquirir-lhe-á a propriedade.²⁹⁴

E se “a posse da coisa móvel se prolongar por cinco anos, produzirá usucapião, independentemente de título ou boa-fé”.²⁹⁵

Sendo assim, de acordo com os ensinamentos de Luciano de Camargo Penteado²⁹⁶:

Se o ente for corpóreo e passível de apropriação e tiver função de utilidade para o sujeito (valor econômico), pode ser objeto de direito real. Caso falte o requisito corporeidade, é necessário que a lei preveja, expressamente, modos de transferência específicos ou que remeta, também expressamente, o regime de transferência ao de um dos direitos reais instituídos, ou ainda que, de antemão, diga que tal ou qual direito real pode se exercer sobre determinados bens imateriais.

Portanto, o critério para ponderar-se se um bem pode ou não ser objeto de posse é saber se a lei prevê forma específica de sua transferência. E no caso do domínio de internet isso está previsto no Decreto nº 4.829, de 3 de setembro de

²⁹² BRANT, Cássio Augusto Barros. **Usucapião no espaço virtual**. 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3537/Usucapiao-no-espaco-virtual>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

²⁹³ ²⁹³ BRANT, Cássio Augusto Barros. **Usucapião no espaço virtual**. 2007.

²⁹⁴ BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Artigo 1.260.

²⁹⁵ BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Artigo 1.261.

²⁹⁶ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. São Paulo: RT, 2008. p. 61,

2003²⁹⁷, que "dispõe sobre a criação do Comitê Gestor da Internet no Brasil - CGI.br, sobre o modelo de governança da internet no Brasil, e dá outras providências", bem como o regulamento do sistema administrativo de conflitos de internet relativos a nomes de domínios sob ".br" - denominado SACI-Adm.

Por outro lado, há quem veja, como Orlando Gomes²⁹⁸, a total desnecessidade, inclusive, desse requisito.

O objeto de direito real pode ser tanto as coisas corpóreas como as incorpóreas. Sua limitação às primeiras não se justifica. É reconhecida a existência de direitos sobre direitos, que são bens incorpóreos. Admite-se que o usufruto e o penhor possam ser objeto de outro direito real. Discute-se, porém, sobre a possibilidade de ter um direito por objeto um direito pessoal. Admitindo que o usufruto e o penhor podem recair em créditos, que são direitos pessoais, nenhuma dúvida subsiste para uma resposta afirmativa. Desde que o poder do titular se exerça diretamente sobre um crédito, sem intermediário, como se exerce sobre uma coisa corpórea, o direito é de natureza real. Indaga-se, outrossim, se o direito real pode ter por objeto as produções do espírito no domínio das letras, das artes, das ciências ou da indústria. Uma corrente de escritores admite que tais obras são objeto de uma forma especial de propriedade, a denominada propriedade literária, artística e científica, e, também, a propriedade industrial, em relação às quais não repugna a aplicação de numerosas regras do regime a que se subordina a propriedade.

Pontes de Miranda²⁹⁹ também destaca a mesma tese. Dos seus pensamentos extrai-se que:

Tanto o bem industrial quanto o bem incorpóreo e o bem intelectual são suscetíveis de posse. As pretensões e ações possessórias podem ser exercidas. Tais ações só nascem com a formação da patente. Não se confunda a ação possessória do titular da patente com a que tem o pré-utente antes de se exercer o direito formativo gerador. É ação possessória oriunda de outro direito - o direito de propriedade intelectual, ou o direito sobre coisa corpórea.

Desse modo, no direito comparado já é plenamente aceitável a tese da defesa possessória dos direitos virtuais.

²⁹⁷ BRASIL. **Decreto nº 4.829 de 3 de setembro de 2003**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4829.htm>. Acesso em: 22 ago. 2014.

²⁹⁸ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 20.

²⁹⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. p. 220. Tomo XVII, par. 2074.

Pode-se concluir que, hoje, a aplicação da proteção possessória para os web sites é uma realidade nos tribunais norte-americanos. A questão da posse física do bem foi, ainda que temporariamente, resolvida com os precedentes que entendem ser o feixe de sinais elétricos suficientemente tangível para atender aos requisitos formais de turbação do Trespass to Chattels conforme as regras da Common Law.³⁰⁰

Por tal motivo, como destacado no item que trata do usucapião de linhas telefônicas, a usucapião do nome domínio se verifica em face do usuário proprietário desidioso. A transferência dos domínios de internet está prevista em lei. Por conseguinte, são direitos apropriáveis, com cunho econômico e, desse modo, passíveis de posse

Por outro lado, os arquivos digitais são energia armazenadas e de acordo com Carlos Roberto Rohrmann³⁰¹ as páginas de internet também estão neste mesmo patamar. Neste sentido, deve-se dar a elas o mesmo tratamento dos bens móveis, posto que, pela dicção do artigo 83³⁰², II, do Código Civil brasileiro, "consideram-se móveis para os efeitos legais as energias que tenham valor econômico".

E é inegável o caráter econômico da propriedade virtual. Tanto é assim que, inclusive, já se deferiu a penhora sobre o "domínio" do site na internet de uma empresa. É de se ver: "Cabível a constrição judicial sobre domínio de site de internet, já que se trata de penhora de um direito previsto no inciso XI do art. 655 do Código de Processo Civil. Provimento do recurso".³⁰³ (TJRJ; AI 0036986-65.2011.8.19.0000; Sétima Câmara Cível; Rel^a Des^a Maria Henriqueta do Amaral Fonseca Lobo; Julg. 07.12.2011; DORJ 10.01.2012; p. 160) - CPC, art. 655.

E conquanto jamais se pudesse invocar a usucapião em relação à prestadora do serviço de telefonia, em razão da precariedade da posse entre eles, era possível e factível a oposição do direito de usucapião entre as partes, a ponto de o Superior Tribunal de Justiça sumular a matéria: "Súmula nº 193. O direito de uso de linha telefônica pode ser adquirido por usucapião".

³⁰⁰ ROHRMANN, Carlos Alberto. **Curso de direito virtual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 195.

³⁰¹ ROHRMANN, Carlos Alberto. **Curso de direito virtual**. 2005. p. 195.

³⁰² "Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais: II - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes". (BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.**)

³⁰³ Disponível em: <<http://www.legjur.com/jurisprudencia/busca?q=penhora-titulo-patrimonial-de-cluberecreativo&op=comt>>. Acesso em: 21 ago. 2014.

Desse modo, percebe-se que o tratamento legislativo dos bens imateriais com dimensão econômica são, basicamente, os mesmos daqueles dispensados aos bens móveis, sobretudo no tocante à possibilidade de usucapião.

Além disso, tal qual o nome de domínio, o correio eletrônico passível de ser usucapido, claro considerando-se a devida parcimônia e analisando cada caso em concreto.

Diante desse propósito no programa de computador há outro tratamento. O programa de computador, por sua natureza, está inserto no ramo da propriedade intelectual, conforme o artigo 2º da Lei 9.609/98³⁰⁴. Com efeito, trata-se de obra intelectual e por esse motivo escapa à usucapião, que não alcança os direitos personalíssimos do autor da obra.

Os autores Álvaro Borges de Oliveira e Emanuela Cristina Andrade Lacerda³⁰⁵ compartilham da opinião, embora ressaltem a possibilidade de usucapião do direito real e uso de programa de computador, buscando-se no entendimento sumulado sobre linhas telefônicas.

Diante desses aspectos destacados se conjura a possibilidade de se usucapir programa de computador e para isso é relevante fazer uma breve explanação sobre a natureza jurídica do programa de computador.

A propriedade intelectual é subdividida em direitos autorais e direitos industriais. Dos direitos industriais não cabe aqui o estudo, mas aos direitos autorais nos mostra a natureza jurídica dos programas de computador, como preleciona a lei.

O direito do autor engloba tanto a criação literária quanto a criação artística, além dos chamados direitos conexos, que são os direitos dos intérpretes, dos produtores de fonogramas e dos mecanismos de radiodifusão. Dessa forma, a natureza jurídica dos Direitos Autorais está explícita na Lei 9.610/88, em que

³⁰⁴ “Art. 2º O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei.” (BRASIL. **Lei nº 9.609 de 19 de Fevereiro de 1998**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11723302/artigo-2-da-lei-n-9609-de-19-de-fevereiro-de-1998>>. Acesso em: 25 ago. 2014.)

³⁰⁵ OLIVEIRA, Álvaro Borges de.; LACERDA, Emanuela Cristina Andrade. **A usucapião de direito real de uso de programa de computador**. 2008.

preleciona que o Direito de autor é parte Direito Moral e Parte Patrimonial, sendo aquele inalienável e irrenunciável³⁰⁶

Destarte, o artigo 24³⁰⁷ prescreve os Direitos Morais:

Art. 24. São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

III - o de conservar a obra inédita;

IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;

V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;

VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

§ 1º Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV.

§ 2º Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público.

§ 3º Nos casos dos incisos V e VI, ressalvam-se as prévias indenizações a terceiros, quando couberem.

De fato, a polêmica instalada no âmago do Direito do Autor gira em torno de seu pretendido estreitamento com o direito de propriedade, que parte da doutrina pretende lhe impor. Muito se discute acerca de sua ligação com o direito de propriedade, no surgimento de três correntes predominantes neste aspecto: a teoria que diz ser o direito de autor um direito de propriedade; a teoria monista, que diz tratar-se de direito *uno sui generis* entrelaçado pelos direitos pessoais; e a teoria dualista, que diz tratar-se de direito híbrido composto por direitos distintos, quais sejam, os direitos pessoais e patrimoniais.

É de se destacar novamente que os direitos morais de autor que incidem sobre a obra pertencem exclusivamente ao autor (artigo, da Lei nº 9.610/98) e são inalienáveis e irrenunciáveis (artigo 27, da Lei nº 9.610/98), sendo vedada a

³⁰⁶ Artigo 27 Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis. Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.**

³⁰⁷ BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.**

transmissão desses direitos (artigo 49, I, da Lei n° 9.610/98).

Diante de tais característica *sui generis* não é dificultoso perceber que os direitos de autor são direitos personalíssimos e, portanto, impossíveis de serem usucapidos.

Da real tentativa de torna-lo direito real já foi criticada por Edmond Picard³⁰⁸, que mencionava sua natureza:

Tratem destes direitos à parte, dizia eu, e conforme a sua verdadeira natureza: renunciem a fazê-los entrar a golpes de maço nos direitos reais, e todos as contradições que atormentam os legisladores e os juristas desaparecerão como por encanto.

No mesmo teor, Gofredo da Silva Telles Júnior³⁰⁹ mostra-se conclusivo quanto à natureza intransmissível da obra, não obstante denomina-la propriedade:

Sendo expressão de um pensamento, a obra intelectual, assim exteriorizada, é manifestação própria de quem teve o pensamento, e o revelou. É obra própria do manifestante. E, por ser obra própria, ela é propriedade de seu autor. Mas este tipo de propriedade nada deve ao Direito. Ela é qualidade, uma certa maneira de ser, manifestada na obra produzida. É uma propriedade que não pode ser adquirida e alienada, não pode ser objeto de norma jurídicas. A obra intelectual é propriedade do autor, como o bater de asas e o vôo são propriedade do pássaro. A obra intelectual é tal maneira coisa própria de sua autor que, uma vez produzida, não tem o autor meii o nenhum de se desvencilhar dela.

Importante lembrar acerca do Direito, que o direito português, inclusive, é bastante claro ao afastar a usucapião dos direitos autorais. O Código do Direito do Autor de Portugal (Decreto-lei n° 63/85) traz a seguinte redação em seu artigo 55: ‘O direito de autor não pode adquirir-se por usucapião’.

Com relação ao nosso ordenamento jurídico positivo, não se desceu a essa minúcia, no entanto o Superior Justiça colocou uma pá de cal sobre esta questão, no verbete sumular de n° 228³¹⁰ ao dizer que “é inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral”.

³⁰⁸ PICARD, Edmond. **O direito puro**. 2. ed. Salvador: Livraria Progresso, 1954. p. 116.

³⁰⁹ TELLES JÚNIOR, Gofredo da Silva. **Iniciação da ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2001. P. 300.

³¹⁰ Da súmula 228 do TST. Disponível em: <<http://www.lacier.com.br/artigos/periodicos/SUMULA%20228%20DO%20TST%20%20ACRECEN%20TAR.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

A posse do direito autoral foi também alvo de análise pela doutrina de José de Oliveira Ascensão³¹¹ que leciona:

[...] a posse pressupõe necessariamente uma coisa sobre a qual se exerçam poderes. Mesmo a chamada posse de direitos não deixa de pressupor uma coisa sobre que recai o exercício de direito. Por isso, a posse se perde pela destruição da coisa, por exemplo, e a referência a esta perpassa todo o regime da posse. O direito de autor, que não pressupõe uma coisa, não pode assim originar posse.

Pontes de Miranda³¹², diz ser incabível a questão dos direitos reais incorpóreos, nele compreendido o direito autoral. Ressalta o mestre que há no direito de autor tão-somente o direito de renúncia e o direito de cessão e sendo o objeto de direito autoral um bem incorpóreo não se pode seguir a aquisição após a renúncia, concluindo que não há usucapião de propriedade intelectual.

No entanto, no que decorre a Lei n° 9.610/98, em seu artigo 7º³¹³, inciso XII, enumera os Direitos autorais e, dentre eles estão os Programas de Computador:

Nota-se que a natureza jurídica dos programas de computador é a mesma dos direitos autorais, onde se comprova pela Lei n° 9.609/98.³¹⁴

Art. 2º O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei.

§ 1º Não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais, ressalvado, a qualquer tempo, o direito do autor de reivindicar a paternidade do programa de computador e o direito do autor de opor-se a alterações não-autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador, que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação.

§ 2º Fica assegurada a tutela dos direitos relativos a programa de computador pelo prazo de cinquenta anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação.

§ 3º A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro.

§ 4º Os direitos atribuídos por esta Lei ficam assegurados aos estrangeiros domiciliados no exterior, desde que o país de origem do programa conceda, aos brasileiros e estrangeiros domiciliados no Brasil, direitos equivalentes.

³¹¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 127.

³¹² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 1970. p. 201.

³¹³ “Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: XII - os programas de computador;” (BRASIL. **Lei n° 9.610/98**).

³¹⁴ BRASIL. **Lei n° 9.609 de 19 de fevereiro de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9609.htm>. Acesso em: 28 ago. 2014.

§ 5º Inclui-se dentre os direitos assegurados por esta Lei e pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País aquele direito exclusivo de autorizar ou proibir o aluguel comercial, não sendo esse direito exaurível pela venda, licença ou outra forma de transferência da cópia do programa.

§ 6º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos casos em que o programa em si não seja objeto essencial do aluguel.³¹⁵

A saber diante do exposto, nota-se que o programa de computador possui a mesma natureza jurídica dos demais direitos autorais, tais como: parte patrimonial e parte moral. Também não se pode esquecer que os Direitos autorais já estiveram previstos no Código Civil de 1916, nos artigos 649 a 673, sob o Título da Propriedade Literária, Científica e Artística, o que leva sempre a se mencionar o caráter civilista dos Direitos autorais.

Destarte, Álvaro Borges de Oliveira ainda menciona:

Não tenho dúvidas quanto a natureza jurídica do programa de computador ser a mesma dos direitos autorais, pois a lei é expressa neste sentido, como se observa no art. 7º, inciso XII, da Lei dos Direitos Autorais (Lei 9610/98) e da própria lei que dispõe sobre a Propriedade Intelectual de Programa de Computador (Lei 9609/98), em seu art. 2º. Neste sentido nossa legislação foi suficientemente inteligente para seguir a tendência internacional, tanto que o Brasil é signatário de convenções que em seu bojo tratam sobre o assunto, como: Convenção de Berna (Decreto número 75.699/75), Aspectos Comerciais dos Direitos à Proteção Intelectual (TRIPs – Decreto número 1.355/94), Convenção Inter-Americana (Decreto número 26.675/49), Convenção Internacional de Roma (Decreto nº 57.125/65), Convenção Universal sobre o Direito de Autor em Obras Literárias, Científicas e Artísticas (Decreto número 76.905/75).³¹⁶

Notadamente para o objeto proposto aqui, asseverando ser o programa de computador um bem móvel por força do artigo 3º da Lei 9610/96³¹⁷. Por conseguinte, é, também, um bem passível de comércio conforme os artigos 28 e 49 da Lei 9610³¹⁸ e do artigo 9º³¹⁹ da Lei 9609/98, o que possibilita, a priori, de se

³¹⁵ BRASIL. **Lei nº 9.609 de 19 de fevereiro de 1998.**

³¹⁶ OLIVEIRA, Álvaro Borges de. **Usucapião de programa de computador.** Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

³¹⁷ “Art. 3º Os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis.” (BRASIL. **Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>. Acesso em: 26 ago. 2014.)

³¹⁸ “Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica. [...] Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações: I - a transmissão total compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos

utilizar o instituto do usucapião para programa de computador.

Importante esclarecer que não se compra um programa de computador, mas sim, adquire-se para uso, por isso os artigos 28, 49 e 9º, supra, tratam de contratos de licença de uso, concessão e cessão, que não será tratado aqui para não se alongar demasiadamente.

Pode-se ressaltar que o programa de computador em si, não é passível de usucapião, por várias razões, é bem incorpóreo, possui a mesma natureza jurídica dos direitos autorais e foge do escopo dos direitos reais e só há posse lá. Para Pereira Lefayette Rodrigues³²⁰:

Só pode ser objeto da prescrição o Direito Real, isto é, o Direito que vincula diretamente a coisa corpórea. A razão é clara: a prescrição aquisitiva requer como elemento essencial a Posse ou a quase posse, fatos que só são possíveis ou em relação às coisas corpóreas, ou em relação aos direitos reais sobre a coisa corpórea.

Relevante se faz expor que não se compra um programa de computador, mas adquire-se para uso, por isso os artigos 28, 49 e 9º, já citados, tratam de contratos de licença de uso, concessão e cessão.

Numa cessão total, não há compra do programa de computador, por parte do cessionário, usuário ou a distribuidora do programa de computador, pois não se transfere no negócio jurídico em questão, por exemplo, os Direitos morais, a que se refere o artigo 2º, § 1º da Lei nº 9.609/98, bem como outras questões que podem advir do contrato (artigo 4º³²¹ da Lei nº 9.610/98, tempo, partes) e, ainda, não há na maioria dos contratos, principalmente no mais comum, os de licença de uso, a

por lei; II - somente se admitirá transmissão total e definitiva dos direitos mediante estipulação contratual escrita; III - na hipótese de não haver estipulação contratual escrita, o prazo máximo será de cinco anos; IV - a cessão será válida unicamente para o país em que se firmou o contrato, salvo estipulação em contrário; V - a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato; VI - não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.” (BRASIL. **Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998.**)

³¹⁹ “Art. 9º À cópia de obra de arte plástica feita pelo próprio autor é assegurada a mesma proteção de que goza o original.” (BRASIL. **Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998.**)

³²⁰ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: B.L. Garnnier. p. 56.

³²¹ “Artigo 4º Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais.” (Brasil. **Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998.**)

transferência para o Usuário do código fonte.³²²

Diante do exposto, só se adquiri um programa de computador quando há transferência de tecnologia, como dispõe o artigo 11³²³ da Lei n° 9.609/98. Equivoca-se aquele que diz: comprei³²⁴ um programa de computador, pois é impossível fazê-lo no todo.³²⁵

No entanto, de suma relevância destacar que no parágrafo anterior, mencionou-se cessionário como sendo usuário e distribuidor, no entanto, para este estudo trata-se somente do usuário de programa de computador, como sendo aquele que adquiriu uma cópia de programa de computador para uso (direitos reais sobre coisas alheias), podendo ser uma pessoa física ou jurídica possuidora de tais direitos, dos quais serão os objetos do usucapião.

Como exemplo teórico prático da aplicação de usucapião ao direito real de uso do programa de computador, Álvaro Borges de Oliveira, menciona que é no modo de aquisição do programa de computador, pela modalidade comercial que se aplica a conclusão do direito real de uso da linha telefônica, dado pela súmula 193, pois consubstancia o direito real de uso.

Entende-se, pois, que é direito real de uso a aquisição de um programa de computador nesta modalidade, mesmo que adquirido por contrato de licença ou qualquer outra espécie, pois o uso é subsidiado pelo usufruto e que por ser considerado como um bem móvel, sofre os efeitos do usucapião.³²⁶

Com a finalidade apenas didática exemplifica-se de como poderia ocorrer

³²² OLIVEIRA, Álvaro Borges de.; LACERDA, Emanuela Cristina Andrade. **A usucapião de direito real de uso de programa de computador**. p. 64-65.

³²³ “Artigo 11 Nos casos de transferência de tecnologia de Programa de Computador, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial fará o registro dos respectivos contratos, para que produzam efeitos em relação a terceiros. Parágrafo único: para o registro de que trata este artigo, é obrigatória a entrega, por parte do fornecedor ao receptor de tecnologia, da documentação completa, em especial do código-fonte comentado, memorial descritivo, especificações funcionais internas, diagramas, fluxogramas e outros dados técnicos necessários à absorção da tecnologia. (BRASIL. **Lei n° 9.609, de 19 de fevereiro de 1998**).

³²⁴ “Artigo 37. A aquisição do original de uma obra, ou de exemplar, não confere ao adquirente qualquer dos direitos patrimoniais do autor, salvo convenção em contrário entre as partes e os casos previstos nesta Lei.” (BRASIL. **Lei nº 9.610 de 19 de Fevereiro de 1998**).

³²⁵ OLIVEIRA, Álvaro Borges de.; LACERDA, Emanuela Cristina Andrade. **A usucapião de direito real de uso de programa de computador**. p. 65.

³²⁶ OLIVEIRA, Álvaro Borges de.; LACERDA, Emanuela Cristina Andrade. **A usucapião de direito real de uso de programa de computador**. p. 66.

o usucapião de programa de computador, de acordo com os ensinamentos do artigo de Álvaro Borges de Oliveira³²⁷:

Considere “A” o autor do programa de computador “xyz” e “B” o cessionário do programa de computador “xyz”. Para que haja o usucapião há necessidade de um terceiro, o usucapiente, no caso “C”. Vamos supor ainda que “B” seja uma empresa, e esta tenha um empregado, “B1”, e que tenha acesso a cópia do programa de computador “xyz”. Sabendo que a empresa “B” possuía o programa de computador em questão, “C” pede para “B1” para fazer a instalação em seu computador pessoal de uma cópia e prontamente “B1” permite.

Pode-se observar que a situação exposta acima, não é nada incomum, sendo até corriqueira, muitas vezes até incentivada até mesmo por empresas produtoras de *software*, como estratégia de ganhar mais mercado, como exemplo da Microsoft, hoje líder absoluta.

Sendo assim, passado o período aquisitivo de três anos, não haveria a possibilidade do usucapião ordinário do bem móvel que trata o artigo 1.260 do Código Civil, por não existir o requisito justo título. “Mas, passado o período aquisitivo de cinco anos, não vejo o porquê de “C” não ter a possibilidade de usucapir o programa de computador “xyz”. Resta saber contra quem será proposta a usucapião, contra “A”, “B” ou “B1”?”³²⁸

Um outra informação de relevante valor é o conhecimento de que ao se adquirir um programa de computador:

O que se pode observar é que quando “B” adquiriu o programa de computador “xyz”, recebeu de “A” um número serial (exemplo: MICTMR1121G33), que grosso modo equivale ao chassi de automóvel, e que sem aquele não pode fazer a instalação e pelo qual a empresa “A” reconhece como cessionário “B”. Ao ser disponibilizado o programa de computador “xyz” por “B1” a “C”, este necessitou do serial MICTMR1121G33 para instalação, pois sem serial não faria a instalação.³²⁹

No tocante, é exposto que se fará o usucapião deste serial e, quem tem o direito real de uso do programa de computador.

³²⁷ OLIVEIRA, Álvaro Borges de. **Usucapião de programa de computador**. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 28 ago. 2014. p. 3.

³²⁸ OLIVEIRA, Álvaro Borges de. **Usucapião de programa de computador**. p. 3-4.

³²⁹ OLIVEIRA, Álvaro Borges de. **Usucapião de programa de computador**. p. 4.

Tudo que expus até então é para dizer que se fará o usucapião deste serial e, quem tem a concessão é a empresa “B”, e “A” nada tem haver com a relação que se formou entre “B” e “C”. O que “C” fará é um usucapião dos direitos adquiridos por “B”. O usucapião é ao direito real de uso do programa de computador “xyz”, e não do programa de computador “xyz” que pertence à “A” (concessionária).³³⁰

Importante deixar claro que está descrevendo sobre um exemplo didático acerca do usucapião de direito real de uso de programa de computador. Descreve-se sobre a posse de direitos, ou seja, quando há exterioridade dos direitos reais sobre coisa alheia, no caso do direito real de uso, no tocante, se refere às faculdades contidas no direito de propriedade, no estado fático da posse, naquele em que o artigo 1.196 do Código Civil se refere, isto é, aos poderes inerentes ao domínio ou à propriedade.³³¹

Não há que se afastar a possibilidade de manifestação de domínio no que foi suscitado, usucapir programa de computador, como errônea interpretação pode sugerir, além do que da teoria objetiva da posse se concebe como possuidor todo aquele que no âmbito das relações patrimoniais exerça um poder de fato sobre um bem.

No entendimento de Álvaro Borges de Oliveira³³², algumas considerações ainda se apresentam:

- [...] haja vista os problemas instigados nessa relação jurídica, bem como as consequências que surtirão em outras áreas do direito, assim, penso por bem enumerar algumas que me ocorrem:
- a) Sendo o usucapião passível de ser argüido como matéria de defesa, um usuário (empresa por exemplo) que possui vários seriais, que não são seus, e presentes os requisitos do usucapião, sendo questionado pela Fazenda poderá fazê-lo.
 - b) E se a “A” for uma empresa pública, seria passível de usucapião o programa de computador?
 - c) Qual a responsabilidade civil, penal e trabalhista de “B1”?
 - d) Se “B1” cobrou de “C”, ou fez a base de favores, caberá o usucapião ordinário, e qual a situação de “B1” nesta relação, será penalmente responsável?
 - e) Há necessidade de intervenção do Ministério Público?

³³⁰ OLIVEIRA, Álvaro Borges de. **Usucapião de programa de computador**. p. 4.

³³¹ OLIVEIRA, Álvaro Borges de.; LACERDA, Emanuela Cristina Andrade. **A usucapião de direito real de uso de programa de computador**. p. 68.

³³² OLIVEIRA, Álvaro Borges de. **Usucapião de programa de computador**. p. 5-6.

- f) Qual o efeito da sentença e como deve proceder o usucapiente para o registro?
- g) E quando se tratar de um serial de uma empresa estrangeira, sem filial no Brasil, sem vínculo algum no Brasil, a exemplo dos seriais que se encontram a disposição na Internet, como proceder?
- h) Como proceder quando não se sabe de quem é o serial?

Estas são situações que se julgam importantes serem apresentadas. Outros estudos vem ser necessários em forma de futuros trabalhos. O Direito, hodiernamente, não tem uma palavra para definir essa situação do usucapião do direito real de programa de computador, faltando, talvez, uma definição jurídica, uma vez que os institutos existentes não contornam totalmente este fato.

3.5 O direito real de uso das fachadas de imóveis

Neste tópico destaca-se que não cabe a Usucapião para todos os modos de aquisição, exemplo Domínio público, Livre ou prestação de serviço, cabendo sim aos comerciais.

É no modo de usucapião de fachadas, na modalidade comercial que se aplica o corolário do Direito real de uso da linha telefônica e do programa de computador.

Com este propósito o presente trabalho busca defender a possibilidade do usuário de determinada fachada de bem imóvel, poder, através da usucapião, de manter sua propaganda ou algo semelhante em determinado espaço, que por força da propriedade venha a ser impedido de exercer sua posse.

Assim como existe a possibilidade dos proprietários de imóveis alugarem suas fachadas para a propaganda comercial, neste mesmo sentido fica possível ao usuário de determinado espaço de fachada, defender seu direito real de uso, através da usucapião.

O proprietário do imóvel ao efetuar a transferência dos requisitos que lhe dão esta função, disponibiliza ao usuário da fachada a possibilidade de dispor do bem como o requisito do reaver em relação ao imóvel.

Assim em caso de continuidade da operação comercial com terceiro o usuário poderá exercer sua condição de dono da coisa, utilizando-se do instituto da usucapião para manter sua posse.

Com o intuito de apresentar uma forma didática do presente tema, explicasse como poderia operar a usucapião de fachada de imóvel. Determinado proprietário, disponibiliza ao usuário um espaço em seu terreno às margens de uma Rodovia para que o mesmo coloque uma placa com propaganda de seu negócio. Assim a placa se mantém e é mantida naquele terreno por mais de dois anos. Em determinado momento o proprietário requer a retirada da placa por questões particulares e o usuário não concorda com a retirada da mesma. O usuário através do instituto da usucapião, busca junto ao Poder Judiciário uma garantia ao seu direito de explorar o espaço do terreno com a placa sendo mantida no mesmo local.

Destaca-se que o usuário não busca a usucapião do terreno, mas sim a usucapião do espaço onde sua placa estava colocada.

Por seu turno, outro exemplo onde o usuário utilizava totalmente a fachada do prédio onde tinha seu comércio, visto que a sala ao lado não estava ocupada, após determinado período de tempo, dois anos, o proprietário locou a sala ao lado, e por força deste operação, solicitou que o usuário retirasse sua propaganda da totalidade da fachada, pois agora a outra metade seria utilizada pelo novo locador, contudo, ao utilizar a fachada do imóvel por longo período de tempo o usuário não que retirar sua placa e reduzir sua propaganda e por força do instituto da posse, requer a usucapião da fachada do edifício, destaca-se que não se opera a usucapião do imóvel na sua totalidade, mas sim tão somente do direito de uso da fachada do imóvel.

Finalmente, ressalta-se a importância da usucapião da fachada de imóvel, quando percebe-se que o direito do proprietário ao deixar o usuário utilizar determinado espaço sem a devida garantia, possibilita ao mesmo o dispor do direito real de uso do imóvel e por força dos contratos comerciais e da grande importância das propagandas, que o presente tema se estabelece.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação teve como objeto o estudo da aplicação da função social da posse: o direito real de uso das fachadas de imóveis.

Ante ao exposto no decorrer da Dissertação, verificou-se que a garantia do direito à dignidade humana é, hodiernamente, preocupação comum entre os pensadores de direito constitucional, devendo servir como diretiva para a realização de direitos. No ordenamento jurídico brasileiro, a relevância da dignidade humana ficou ainda mais fortalecida a partir da Constituição de 1988, podendo ocasionar, conforme o caso concreto, direito subjetivo público.

Muito longe de esgotar o tema, este estudo procurou tecer algumas considerações acerca dos direitos reais em geral – seu conceito, suas principais características e peculiaridades. Com tais comentários, buscou-se demonstrar que o estudo dos direitos reais necessita de uma prévia compreensão das noções básicas da categoria, em especial confrontando-a com a dos chamados direitos fundamentais, a fim de, distinguindo-se com clareza os institutos, perceber-se que são verdadeiramente inconfundíveis, tema do primeiro capítulo.

A propriedade na sua utilização coletiva dos tempos antigos se caracterizava por sua natural função social, na medida em que outra não era a sua finalidade senão garantir a manutenção do grupo a ela vinculado. Quando assume a condição de direito individual e absoluto, passa a representar uma possibilidade de que poucos acumulem recursos, retirando da maioria a possibilidade de usufruir do potencial por eles oferecido, caracterizando uma injustiça social.

Na atual Constituição, a função social recebe amplo tratamento, criando para o poder público a possibilidade de promover a desapropriação daquelas propriedades que não estejam atendendo ao princípio. Para tanto, traça parâmetros normativos para a exigência do cumprimento da função social, tanto da propriedade privada rural quanto da urbana, impondo formas de desapropriação pelo seu descumprimento, de forma a desencorajá-lo.

Ao se detectar a natureza jurídica da posse, as análises se tornam mais compreensíveis, a exemplo da natureza jurídica, advinda de um direito real e de um fato jurídico, pois para a primeira, nem todos os efeitos são abrangidos, porém para a segunda, todos os efeitos se tornam relevantes. Clarifica que a função social da posse não implica em prejuízo ao direito de propriedade, ao contrário, o potencializa e o torna mais amplo.

Enquanto que a função social da posse de propriedade urbana visa a moradia, princípio da igualdade, da dignidade humana, a propriedade rural dignifica o homem a partir do direito ao trabalho, recuperação de valores sociais como cidadania e justiça.

Como observou neste estudo, a usucapião de bens imóveis consiste em uma maneira de aquisição da propriedade pelo exercício da posse, preenchendo os requisitos e o lapso temporal exigidos em lei.

A usucapião de bens imóveis conduz a regularização de muitas propriedades, que hoje se encontram sem o devido registro imobiliário, portanto se faz necessário um conhecimento amplo com relação a esse instituto, para que se aplique as devidas regras exigidas em nosso ordenamento jurídico em cada uma das espécies previstas.

Como se verificou a usucapião de bens imóveis, em suas diversas modalidades, se mostra como um importante instrumento na regularização da questão fundiária, seja ela urbana, seja ela rural, favorecendo inclusive, a concretização do princípio constitucional da função social da propriedade.

É dada uma segurança a posse, para aqueles que preencham os requisitos exigidos para a configuração do instituto da usucapião, através da titularidade da propriedade então conferida.

Também salientou-se que antes se admitia tão-somente o usucapião de bens corpóreos devida à tradição romanística de propriedade. Com o passar dos anos, ganhou espaço a tese de se admitir o usucapião sobre bens incorpóreos ou bens virtuais.

A posse ficou, pois, restrita aos direitos reais e aos poucos vem se estendendo a diversos bens incorpóreos que vem surgindo. Como se pode esclarecer, o conceito de coisa que o nosso Código Civil se refere abrange tantos os bens materiais e virtuais.

De forma breve, foram examinados os bens imateriais como as linhas telefônicas e a possibilidade do usucapião do programa de computador.

Com relação do usucapião de linha telefônicas, depois de alguns embates jurídicos, restou-se sua pacificação nos termos da Súmula 193 do Superior Tribunal de Justiça, admitindo a sua possibilidade. Lembrando que usucapião está em favor do usuário em face da linha telefônica, não afetando a concessionária sob qualquer perspectiva que presta serviço pública de caráter pessoal.

A propriedade intelectual como objeto de estudo o direito do autor foi didaticamente mencionado neste estudo. No direito do autor, excluiu-se a possibilidade de incidir usucapião, eis que se trata de direitos personalíssimos e imprescritíveis.

Também foi, neste estudo, apresentada a hipótese de usucapião de bens virtuais como o domínio, o correio eletrônico e o programa de computador. Questão, portanto, remanescente, é admissibilidade de usucapião sobre o programa de computador, porém albergados pelo direito de autor, e portanto, não usucapíveis.

Por fim, mesmo assim, analisou-se a possibilidade de incidir o instituto sobre o mesmo, apesar da ventilada explanação de um doutrinador acerca da vedada hipótese.

Em seu bojo as respostas às hipóteses levantadas sobre a possibilidade de equiparação do direito real de uso da linha telefônica e do uso do programa de computador às fachadas de imóveis, no que diz respeito à posse e se é possível usucapir a fachada de imóveis. Para as hipóteses levantadas na pesquisa foram apresentadas as seguintes conclusões, por ser tratar de matéria relativamente nova, a doutrina abalizada é ainda bastante escassa, restando a controvérsia presente em teorias de estudos e artigos de jovens escritores que mencionam que há uma

possibilidade de equiparação entre os institutos. Com relação à possibilidade de usucapir a fachada de imóveis, esta questão ainda é bastante polêmica, remota e de difícil aplicação.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

ALVES, José Carlos Moreira. **Evolução histórica**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

ARAÚJO, Telga. A propriedade e a sua função social. In: LARANJEIRA, Raymundo (coord.). **Direito agrário brasileiro**. São Paulo: LTr, 1999.

ARRONE, Ricardo. **Propriedade e domínio**: reexame sistemático da noções nucleares dos direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à ciência política**. 2. ed. São Paulo: Globo, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BESSONE, Darcy. **Direitos reais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. 4. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1956

_____. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 9. ed., Vol. III. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Studatti. 2. ed. Bauru: Edipro, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. São Paulo: Mallheiros, 2004.

BORGES, Antonino Moura. **A prescrição e a usucapião na ótica do atual Código**

Civil. São Paulo: CL EdJur, 2006.

BRANT, Cássio Augusto Barros. **Usucapião no espaço virtual.** 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3537/Usucapiao-no-espaco-virtual>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil.** Carta de Lei de 25 de março de 1824. Disponível em: <<http://www.monarquia.org.br/pdfs/constituicaodoimperio.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2014.

_____. **Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm>. Acesso em: 17 ago. 2014.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 06 ago. 2014.

_____. **Lei nº 3.071 de 01 de Janeiro de 1916.** Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11433657/artigo-713-da-lei-n-3071-de-01-de-janeiro-de-1916>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 08 ago. de 2014.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 08 ago. 2014.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 06 ago. 2014.)

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 06 ago. 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 ago. 2014.

_____. **Lei nº 9.609 de 19 de Fevereiro de 1998.** Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11723302/artigo-2-da-lei-n-9609-de-19-de-fevereiro-de-1998>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

_____. **Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>. Acesso em: 26 ago. 2014.

_____. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm>. Acesso em: 09 ago. 2014.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 05 ago. 2014.

_____. **Decreto nº 4.829 de 3 de setembro de 2003.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4829.htm>. Acesso em: 22 ago. 2014.

CANOTILHO, José Joaquin Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHALHUB, Melhim Namem. **Propriedade Imobiliária: função social e outros aspectos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil.** São Paulo: Saraiva, 2006.

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

CORDEIRO, José Carlos. **Usucapião constitucional urbano** – aspectos de direito material. São Paulo: Max Limonad, 2001.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 08 ago. 2014

DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Direito civil**: direito das coisas. 2. ed. São Paulo: Nelpa, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea** (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural). Porto Alegre: Fabris, 1988.

FÁRIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil, teoria geral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direitos reais**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERNANDES, Edésio. Um novo Estatuto para as cidades brasileiras. In: OSÓRIO, Letícia Marques (Coord.). **Estatuto da Cidade e reforma urbana**: novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta. 2001.

FIGUEIRA JR, Joel Dias. **Novo Código Civil Comentado**. Coordenador: Ricardo Fiúza. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental**. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FIÚZA, Cezar. **Direito civil**: curso completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FULGÊNCIO, Tito. **Da posse e das ações possessórias**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona, **Novo curso de direito civil**, parte geral, 8. ed. V. 1. Saraiva. São Paulo, 2007.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 2. ed. São Paulo: Rideel, 1999

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. **Direitos reais**. 19. ed. rev. atual e aum. por Luis Edson Fachin. São Paulo: Forense, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

LEAL, Câmara. **Da prescrição e da decadência**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

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

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Direitos reais: à luz do Código Civil e do direito registral**. São Paulo: Método, 2004.

LOUREIRO, Francisco. Usucapião coletivo e habitação popular. In: ALFONSI, Betânia de Moraes; FERNANDES, Edégio. (Orgs.). **Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. p. 220. Tomo XVII, par. 2074.

_____. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV Direitos Fundamentais, 3. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.

MIRANDA, Darcy Arruda. **Anotações ao Código Civil brasileiro**. 4. ed., v. 1. São Paulo: Saraiva, 1993b.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das coisas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

MORAES, José Diniz de. **A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MOREIRA, Álvaro; FRAGA, Carlos. **Direitos reais: segundo as prelecções do Prof. Doutor C.A. da Mota Pinto ao 4º ano jurídico de 1970-71**. Coimbra: Almedina, 1971.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **O viajante e sua sombra**. Tradução de Antonio Carlos Braga e Ciro Nioranza. São Paulo: Escala, 2007. Título original: Der Wanderer und sein Schatten.

NUNES, Pedro. **Do usucapião**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

_____. **Do Usucapião: teoria, ação, prática processual, formulários, legislação, regras e brocardos de direito romano, jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

OLIVEIRA, Álvaro Borges de; DANI, Felipe André; BARROS, Débora Sabetzki. **As reservas legais e as áreas de preservação permanente como limitadoras do direito de propriedade e sua destinação econômica**. s/n.

OLIVEIRA, Álvaro Borges de.; LACERDA, Emanuela Cristina Andrade. **A usucapião de direito real de uso de programa de computador**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2008.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OLIVEIRA, Álvaro Borges de. **Usucapião de programa de computador**. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

ORIONE NETO, Luiz. **Posse e usucapião**: linha telefônica, direitos autorais, energia elétrica, direitos pessoais. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: LEJUS, 1999.

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.

_____. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

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: Dykinson/Universidad Carlos III, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direitos reais**: instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

_____. **Intituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: B.L. Garnnier.

PICARD, Edmond. **O direito puro**. 2. ed. Salvador: Livraria Progresso, 1954.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião**. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. **Tratado de usucapião**. 4. ed. rev. e atual. Vol. 1 e Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2006b.

RICCITELLI, Antônio. **Função social da propriedade**. Lopes Pinto Advogados, 2004. Disponível em: <<http://www.lopespinto.com.br/adv/publier4.0/texto.asp?id=373>>. Acesso em: 09 ago. 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito das coisas**. 5 v. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002b.

_____. **Direito civil**. 28 ed., 5 v. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROHRMANN, Carlos Alberto. **Curso de direito virtual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SALES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de bens móveis e imóveis**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SALET, Ingo Wolfgang. **A eficiência dos direitos fundamentais**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10 ed. São Paulo: Malheiros. 1995.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Rafael Egídio Leal e. **Função social da propriedade rural: aspectos constitucionais e sociológicos**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v, 37, ano 9, out./dez. 2001b.

TELLES JÚNIOR, Gofredo da Silva. **Iniciação da ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**. Um confronto em torno da função social. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direitos reais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direito civil: direitos reais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VIANA, Marco Aurélio. **Curso de direito civil: direito da coisas**. Belo Horizonte: Dey Rei, 1993.

WALD, Arnold. **Direito das coisas**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.