

DIREITOS REAIS II

Transcrição cedida por concurseiro.

Proposta de livros – os livros tradicionais (Caio Mário, Washington de Barros). Livro do Marco Aurélio é recomendado para o MP, que é igual ao do Leone.

Lenine Nequeti – Usucapião.

Dos Direitos Reais ou do Direito das Coisas.

- CONCEITO.

Segundo a doutrina o direito das coisas é o conjunto de regras que regulam as situações jurídicas havidas entre os sujeitos de direito e os bens suscetíveis de apropriação, bem como os modos de utilização econômica de tais bens. Em suma, o direito das coisas regula o poder do homem sobre a natureza física nas suas diversas manifestações. A aquisição, o exercício, a conservação, a reivindicação e a perda de tais bens são exemplos.

O direito real não significa “direito do rei”, mas sim “direito das coisas”, como prefere o CC brasileiro. O CC francês, de 1804, prefere o título “dos bens”, igualmente o CC italiano de 1942.

- DIFERENÇA ENTRE BEM E COISA.

Surge uma primeira discussão sobre existência de diferença entre bens e coisas. Para o CC alemão, no qual se inspirou Clóvis Beviláqua para o CC de 1916, no parágrafo 90, coisa, no sentido da lei, são apenas objetos corporais, dentro da tradição do direito romano, ou seja, aqueles bens tangíveis que ocupam o lugar no espaço e suscetíveis de valoração econômica, e a expressão não abrange os bens incorpóreos. Na doutrina brasileira, por exemplo, Orlando Gomes, o objeto dos direitos reais é a coisa entendida essa expressão tanto em relação às coisas corpóreas como também as incorpóreas, imateriais e intangíveis, até porque o legislador admite a existência de direitos reais sobre direitos que são bens incorpóreos, tanto no antigo CC como no novo. Por exemplo: pode haver o direito de usufruto que tenha por objeto créditos que são direitos, portanto, imateriais (art. 1395 do novo CC). Pode haver, também, penhor, que é um direito real de garantia sobre créditos, ou seja, direitos (art. 1451 do novo CC). O STJ tem uma súmula 193 que admite usucapião sobre um direito de uso de linha telefônica, ou seja, o objeto da aquisição originária da propriedade, o bem jurídico pretendido, é um bem incorpóreo. Percebam a diferença entre usucapir o aparelho telefônico e usucapir o direito à linha. Pode haver usucapião do aparelho e do direito de uso da linha.

O CC de 1916, no art. 54, caput, admitia expressamente a existência das coisas materiais, ou seja, corpóreas, e imateriais ou incorpóreas. No novo CC, no entanto, o legislador retirou tal expressão e o art. 89, que substituiu o art. 54 do CC anterior, usa apenas a expressão genérica de bens. No CC anterior, o parágrafo único do art. 524, admitia a existência do direito de propriedade tendo por objeto coisa incorpórea na chamada propriedade literária, científica e artística, cujo objeto na realidade são as produções do espírito humano, no campo das letras, das artes, das ciências, manifestações que hoje são regulamentadas por legislação especial.

- O DIREITO REAL.

O direito de propriedade é um direito real por excelência. Os romanos chamavam de “ius in re própria”, ou seja, um direito sobre a coisa própria, o que significa que o direito real é a coisa mais importante, a ponto de o CC de 1916 achar mais importante a tutela da

propriedade do que a tutela humana. A importância que o legislador dava ao patrimônio do indivíduo era muito maior que a tutela ao indivíduo. O que está acontecendo hoje é o fenômeno da despatrimonialização do direito civil, perguntado na prova da DP, que tem muito haver com a CF, que tem como cláusula pétrea, no art. 5º, § 2º, a dignidade da pessoa humana, com a chamada cláusula geral dos direitos da personalidade. Esse art. é importantíssimo. Na parte geral, a enumeração dos direitos da personalidade, no novo CC, que se inicia no art. 12 é absolutamente insuficiente, já que a personalidade tem múltiplos aspectos e você como operador do direito, se não tiver um direito de personalidade expresso no novo CC, mas tem uma situação de tutela da dignidade humana, se socorrerá de tal artigo. É só lembrar de pegadinhas, como na televisão, que ofendem a dignidade da pessoa humana, que não há tutela específica para tal ofensa.

- A PROPRIEDADE.

Dentro dos direitos reais, a propriedade é ainda o direito mais importante. Aliás, o legislador não tem coragem de definir o direito de propriedade. Propriedade é o poder jurídico sobre a coisa própria oponível erga omnes e tutelada pelo ordenamento. Definição dos “digestos romano”. Então quando se fala em objeto do direito, fala-se no bem jurídico pretendido. Objeto é aquilo sobre o qual incide o poder ou faculdade de agir do titular do direito. isso é que é objeto no sentido jurídico e material. Então objeto no direito de propriedade, que é o direito real por excelência é a coisa. Vemos que o legislador de 1916 admitia essa divisão de coisa corpórea, ao contrário do direito alemão, e coisa incorpórea, quando ele falava no 524, parágrafo único em propriedade científica literária e artística. Não há dúvida de que no antigo CC poderia ser usada a expressão de coisa incorpórea. No novo CC não se utiliza mais a expressão do parágrafo único do art. 524 do antigo CC e inclusive substitui o art. 48, III, que considerava móvel para efeitos legais os direitos autorais, pela expressão do art. 83, III, que considera móvel para efeitos legais os direitos pessoais de caráter patrimonial e as respectivas ações.

- DIREITOS AUTORAIS.

Então onde ficam os direitos autorais?

Por tudo isso, modernamente, a doutrina se divide quanto à natureza jurídica dos direitos autorais, ou científicos. Ainda há quem entenda que se trata de direitos de propriedade, portanto, um direito subjetivo absoluto oponível a todos. Uma segunda corrente entende, como o professor Orlando Gomes, que são direitos da personalidade, cujo objeto é interno ao ser humano e não externo, como nos direitos reais. Uma terceira corrente entende, como o professor Luiz Roldão, o falecido Carlos Alberto Bitar e o professor português Oliveira Ascensão, ídolo do Leone, de que os direitos autorais são direitos pessoais e não reais de aproveitamento exclusivo do seu autor não havendo aqui a oponibilidade erga omnes, tendo em vista que o autor pretende que todos utilizem sua criação desde que o aproveitamento econômico caiba exclusivamente ao autor.

Os direitos autorais são direitos reais ou podem ser enquadradas em outra categoria de direito?

R: Sabe-se que o direito autoral é o objeto, é a criação, portanto incorpóreo, é a criação do gênio inventivo humano. A lei que protege os direitos autorais é especial. Como o novo CC deixou de abordar esse tipo de propriedade, não usando a expressão propriedade literária, científica e artística, deverá responder esta pergunta afirmando que há atualmente três correntes: uma de é direito de propriedade sim, que há direito de propriedade incorpórea, como o usufruto de crédito, e a dicção da súmula do STJ, mesmo que o CC não diga. Outros estão tratando os direitos autorais como direito da personalidade. Vocês verão a diferença concreta vendo que o direito da personalidade é interno. Uma corrente mais moderna, o

direito autoral está no art. 83, III não são direito subjetivos absolutos, como propriedade, personalidade, não sendo oponíveis contra todos. Quando se escreve uma obra, você não quer opor sua obra contra todos, quer as pessoas comprem seu livro. Mas que receber a exclusividade do aproveitamento econômico da venda do livro e da exploração da patente etc. Defende-se então que os direitos autorais são direitos pessoais, não há oponibilidade erga omnes, são direitos pessoais de aproveitamento econômico exclusivo de seu autor. Então, mesmo com o novo CC ainda há três correntes sobre a natureza jurídica.

- COISAS CORPÓREAS E INCORPÓREAS NO NOVO CC. - BENS X COISAS.

O legislador, que dizia que existiam coisas corpóreas e incorpóreas no Código antigo substituiu a expressão “coisa” pela expressão “bem”. Duas correntes principais se destacam. A proposta discussão na expressão “coisa”, que é o objeto dos direitos reais e a expressão “bem”, que o legislador não define nem no código antigo nem no novo, reina uma enorme confusão doutrinária que será resumida para efeitos didáticos em duas correntes:

a) Para a primeira corrente, “bem”, em sentido amplo, como gênero, é tudo aquilo que satisfaz uma necessidade humana, ou seja, o ar, a natureza, a música, uma cobertura em Paris, um automóvel. Então, “bem” seria, para essa corrente, o gênero, que a “coisa” é a espécie. Beijar alguém é um bem. Quando é que esse bem é jurídico? Quando esse interesse humano passa a ser regulado pelo direito. Ou seja, esse interesse o legislador considerou importante. O beijo não seria um bem jurídico. Já o ar e o mar são bens jurídicos, já que são protegidos pelo direito. Coisa seria uma espécie de bem que poderia ser definida como um bem jurídico corpóreo ou incorpóreo suscetível de avaliação pecuniária e apropriável pelo ser humano. A coisa é o objeto imediato dos direitos reais. Assim, o ar é um bem em sentido amplo, em sentido jurídico, sendo também uma coisa, já que pode ser apropriado pelo homem e suscetível de valoração econômica (oxigênio).

b) Para uma segunda concepção, a coisa já seria o gênero, do qual o bem seria a espécie. Vide por exemplo, o Código Civil Português, no art. 202, que diz “que coisa é tudo aquilo que pode ser objeto de relações jurídicas, considerando-se, porém, fora do comércio todas as coisas que não podem ser objeto de direitos privados”, ou seja, aquelas que se encontram no domínio público e que pela sua própria natureza não são suscetíveis de apropriação individual. Coisa seria tudo aquilo que é externo ao ser humano e bem seria tudo aquilo que internamente ou externamente ao ser humano, seja regulamentado pelo direito. Então direito real é aquele que tem por objeto a coisa, a res, dos quais se destacam a propriedade e seus desmembramentos, o “iuris in re própria”, que seriam os direitos reais por excelência. Mas temos também os chamados direitos reais menores, que os romanos chamavam de “iuris in re aliena”, que significa direito real sobre coisa alheia.

- CLASSIFICAÇÃO.

No novo CC, dentro do princípio da tipicidade dos direitos reais e da nominatividade (todo direito real tem um nome) o legislador, no art. 1225, além de mencionar a propriedade, nomina no inciso II ao inciso X os chamados direitos reais menores sobre coisas alheias, tais como o direito de superfície, que substitui a enfiteuse, as servidões, o usufruto, o uso, a habitação, o direito do promitente comprador do imóvel e os chamados direitos reais de garantia como penhor, a hipoteca, e a anticrese. A enfiteuse vai continuar sobre bens públicos, mas não pode ser mais no direito particular. Fica proibida a constituição de enfiteuse, permanecendo as atuais. Até a extinção das enfiteuses que já existem, será regulada pelo CC de 1916 (disposições transitórias, art. 2038 do novo CC).

Pergunta: o art. 2038 diz que fica proibida a constituição de enfiteuses. Pergunta-se, pode haver a aquisição de enfiteuse por usucapião?

R:

O usucapião, salvo opinião Silvio Rodrigues, é forma de aquisição originária de propriedade. Pelo novo código, é a proibição de realizar contratos de enfiteuse. Não abrange a consumação de usucapião da enfiteuse que é aquisição originária.

Outro direito real menor que não está no novo CC, também em desuso, e a renda constituída sobre imóveis.

Os direitos reais, no novo código, estão no art. 1225, I a X, nominados pelo legislador.

Existem outros direitos reais menores não disciplinados pelo CC. Por exemplo, a alienação fiduciária que é um direito real sobre bem móvel e sobre bem imóvel, constante em legislação especial. Outro direito real fora do CC é a cláusula constante no contrato de locação na qual o contrato será mantido mesmo havendo alienação do imóvel objeto de locação, desde que o contrato com essa cláusula seja levado ao registro de imóveis (Lei dos registros públicos).

- DIVERGÊNCIA NO CONCEITO DE DIREITO REAL.

O que é o direito real? Há duas correntes.

Para a primeira corrente, chamada realista, defendida por Lafaete e Leone, direito real é o poder exercido direto e imediatamente sobre a coisa ou bem jurídico corpóreo ou incorpóreo, suscetível de valoração econômica. Poder que é exercido erga omnes. Ao contrário dos direitos pessoais, que se opõem unicamente a uma pessoa a quem se exige um determinado comportamento. Por isso que o direito real é um direito subjetivo absoluto. Crítica feita à teoria realista: em primeiro lugar, é que não é possível o que é defendido por essa concepção a existência de relação jurídica entre uma pessoa e uma coisa, só podendo ocorrer tal relação entre pessoas. Ademais, a oponibilidade erga omnes não é uma prerrogativa exclusiva dos direitos subjetivos absolutos reais. Ocorre também nos direitos subjetivos absolutos da personalidade.

De tal crítica, nasce a segunda corrente, pretendendo definir o direito real, chamada corrente personalista, criada por Windscheid, autor alemão que afirma na realidade o direito real se apresenta como uma obrigação passiva universal, já que não existe relação jurídica entre pessoa e coisa, e toda a sociedade. É o sujeito passivo dessa obrigação uma obrigação universal de abstenção. Ninguém pode, sem autorização, se utilizar ou se imiscuir na coisa alheia. Assim o direito real seria aquele direito em que o sujeito passivo é indeterminado, é toda a sociedade, e que tem por objeto a coisa. Leone não adota tal teoria.

Pandectismo é o termo utilizado para designar o estudo do digesto romano (designação dada à unificação das leis romanas feita por Justiniano), que em grego era designado “pandecto”. Windscheid era um pandectista. Estes criaram a parte geral do Código Civil, o que não existe no direito francês até hoje.

Críticas a essa concepção feita pelo próprio Leone: não tem sentido afirmar-se a existência de um sujeito passivo indeterminado abstratamente, tendo em vista que desse modo todos nós estaríamos vinculados a pessoas que não nos conhecem, não interagem conosco e residem a milhares de quilômetros de distância. Além do mais, obrigação pressupõe um devedor vinculado direta e imediatamente ao credor, sendo pessoa determinada ao iniciar-se a relação jurídica. E a tal obrigação passiva universal seria apenas uma regra de conduta e não uma obrigação em sentido técnico. Para essa corrente o que importa mais é o sujeito passivo indeterminado numa obrigação negativa de abstenção. Luiz Paulo não concorda porque se entender que o sujeito passivo é indeterminado, tendo todas as pessoas patrimônio, haverá vinculação de uma pessoa com qualquer outra.

Atualmente, há um retorno a teoria realista, na definição de direito real, valendo ressaltar que para Oliveira Ascensão, adotado pelo Prof. Leoni, não existe a chamada relação jurídica real, pois relações jurídicas existem apenas nos direitos pessoais ou relativos. No direito obrigacional, por exemplo, entre credor e devedor, desde logo se conhece e interagem entre si. O que não ocorre nos direitos reais e que existe apenas a oponibilidade desse direito real erga omnes, sendo um direito absoluto, decorrendo daqui apenas uma situação jurídica real.

Vejam: direito real: poder exercido direta e imediatamente sobre a coisa, oponível erga omnes. Teoria realista, com concordância do Leoni. O que este não admite é sobre a existência de sujeito passivo indeterminado. Para Leoni, não há relação jurídica quando se trata de propriedade, pois relação pressupõe outra pessoa, ou seja, existe apenas nos direitos obrigacionais. Para o professor Leoni o que há na propriedade é uma situação jurídica real, porque a situação jurídica abrange a situação que o indivíduo ocupa em relação a determinado interesse. Assim, direito real para Leoni, poder que se exerce direta e imediatamente sobre a coisa. O que é coisa? É o bem jurídico, no Brasil, para a maioria dos autores, corpórea e incorpórea, suscetível de valoração econômica e que pode ser apropriada pelo indivíduo. É algo externo ao ser humano. Há relação jurídica no direito real? Não. Há uma situação jurídica. Existe sujeito passivo indeterminado nos direitos reais? Não. Para a defensoria pode-se adotar qualquer teoria, desde que favorável ao assistido.

Ainda há, segundo Orlando Gomes, um modo mais técnico de se definir direito real, apartando-o dos direitos pessoais, que seria o seu modo de exercício, ou seja, o direito real é aquele que pode ser exercido pelo seu titular independentemente da participação de quem quer que seja. Por exemplo: o proprietário tem o poder ou faculdade de agir em relação a coisa e dela pode livremente usar, fruir ou dispor sem necessidade da autorização de quem quer que seja. Ao contrário dos direitos pessoais ou relativos, como no direito obrigacional, em que o credor, para satisfação de seu interesse, necessita da imprescindível colaboração do devedor para satisfação do seu interesse através do cumprimento da prestação. Uma definição muito simples do belga chamando Henry de Page, como sendo o direito real aquele que é exercido sem necessidade da colaboração de quem quer que seja, tendo por objeto a coisa. Assim, começa-se a distinguir direito real de pessoal. Quando há um credor e um devedor, o credor, para exercer o seu direito de crédito, necessita da colaboração do devedor, no caso, a prestação de dar, entregar ou restituir alguma coisa. No caso de propriedade, não há necessidade de autorização de ninguém para exercer seu poder sobre a coisa.

- DIREITO SUBJETIVO.

Direito objetivo é o complexo de normas jurídicas emanadas do Estado, determinando poder ou faculdade de agir a alguém. Dentro desse plano, direito subjetivo nada mais é do que poder ou faculdade de agir conferido ao sujeito que o permite exigir de outrem um determinado comportamento. Nada mais é do que uma permissão legal. Tem-se no direito subjetivo o poder ou faculdade de agir de um lado, e de outro lado um dever jurídico correspondente. Dentro do direito subjetivo lato sensu, temos o direito potestativo, que tem de um lado o poder ou faculdade de agir e de outro lado não tem dever jurídico correspondente, apenas a sujeição. Toda situação jurídica existe um direito subjetivo.

Classificação dos direitos subjetivos:

Absolutos, são os oponíveis a todos e para alguns, cujo sujeito passivo é indeterminado (maioria), tendo toda a sociedade o dever de abstenção. Nessa categoria de direitos subjetivos absolutos os direitos da personalidade, inscritos na CF, art. 1º e 5º. O objeto do direito da personalidade é o atributo interno da pessoa humana. Com relação à pessoa jurídica, o art. 52 do novo código determina que se aplica às pessoas jurídicas o direito da personalidade no que couber. Assim sendo, aplica-se uma técnica da personalidade, já que não existe direito da

personalidade para pessoas jurídicas. O STJ editou uma súmula tratando da proteção da honra objetiva das pessoas jurídicas. Em segundo lugar, temos os direitos reais, cujo objeto a coisa. Alguns entendem que dentro dos direitos subjetivos absolutos, nós temos como direito de propriedade e direito de personalidade, os direitos autorais. Para Leone, dentro dos direitos subjetivos absolutos, sob o ponto de vista externo, nós temos os direitos de família, já que o direito de família sob o aspecto externo tem oponibilidade erga omnes (art. 1513).

Em oposição aos direitos subjetivos absolutos, temos os direitos subjetivos relativos ou pessoais. São aqueles em que o sujeito passivo desde logo, ao iniciar-se a relação jurídica é determinada ou determinável. São eles: os direitos obrigacionais, tendo em uma ponta o credor e da outra o devedor. O objeto imediato é a prestação pecuniária de dar, fazer, não fazer, ou tolerar, desde que exista valor econômico. O CC alemão, obrigação em sentido técnico é o direito do credor sobre o devedor tendo por objeto uma prestação pecuniária. Um outro direito subjetivo relativo ou pessoal é o direito subjetivo interno de família, naquela relação jurídica interna entre cônjuges e companheiros. Esses direitos subjetivos internos pessoais ou relativos podem ser extra patrimonial ou patrimonial (art. 1566 – em relação aos cônjuges, como fidelidade, auxílio alimentar e coabitação). A coabitação não é só a moradia sobre o mesmo teto, é também o direito de exigir do cônjuge o relacionamento sexual. É injúria grave. O objeto dos direitos subjetivos internos de família também é a prestação patrimonial ou extrapatrimonial.

Aula do dia 07/08/2003

Direitos reais – Prof. Luiz Paulo.

Resumo do final da aula passada.

Divisão clássica dos direitos subjetivos em absolutos e relativos ou pessoais. Sabe-se que o direito objetivo é o complexo de normas de caráter coercitivo emanadas pelo Estado e esse complexo de normas permite às pessoas o direito subjetivo. Que nada mais é do que o poder ou faculdade de um lado pelo sujeito ativo e de outro lado o dever jurídico correspondente a esse dever ou faculdade de agir. Os romanos chamavam o direito subjetivo de “*facultas agendi*”. Assim, direito subjetivo é o poder ou faculdade de agir em exigir de outrem o correspondente dever jurídico.

Na classificação quanto aos efeitos:

Direitos subjetivos absolutos: são oponíveis erga omnes. Oneram a todos. Há uma corrente não muita aceita pelo professor Leoni, que o direito subjetivo absoluto também é caracterizado pela indeterminação do sujeito passivo. Exemplos: a propriedade. Ninguém pode se imiscuir na sua propriedade. Dizem que neste caso, o sujeito passivo é indeterminado. Do mesmo modo, os direitos da personalidade são um direito subjetivo absoluto. Oponibilidade erga omnes. Para a teoria clássica, sujeito passivo indeterminado. Na diferença entre direito subjetivo absoluto e relativo deve-se distingui-los pelo objeto. Têm-se os direitos da personalidade, em que o objeto é interno ao ser humano. São os atributos da personalidade (vida, honra, liberdade etc.). Os direitos reais, embora não haja relação jurídica entre pessoa e coisa. Nisso se baseou a teoria *personalista* contra a *realista*.

Esse poder em relação à propriedade é um vínculo material entre o titular do direito real e a coisa. A relação jurídica só se estabelece entre pessoas. Essas é que são as destinatárias das normas jurídicas. Podemos incluir os direitos autorais, para alguns autores, e do ponto de vista externo, podemos falar no direito de família.

Há ainda os direitos subjetivos relativos ou pessoais, em que o sujeito passivo desde logo é determinado ou determinável. Distingue-se também pelo objeto, tendo o direito obrigacional o vínculo que liga o devedor ao credor. O objeto é a prestação pecuniária de dar, fazer ou não fazer.

Há atualmente definições *lato sensu*, não adotando, alguns, a obrigação de dar. Só existe a obrigação de fazer. A definição antiga de dar entregar ou restituir alguma coisa não existe. O que existe, para a doutrina clássica é fazer, não fazer ou tolerar.

O direito obrigacional e os direitos subjetivos internos de família são direitos subjetivos.

Para os romanos, os direitos reais eram os *ius in ré*, por causa da ação real (*actio in ré*). O direito cujo objeto é a coisa.

Já nos direitos obrigacionais ou nos direitos subjetivos relativos de um modo geral, é que os romanos chamavam de *ius in persona*, porque o que interessa é o comportamento do sujeito passivo, ou do devedor.

Assim nós temos:

- a) Direitos reais;
- b) Direitos da personalidade;
- c) Direitos obrigacionais;
- d) Direitos subjetivos internos de família.

O objeto dos direitos obrigacionais (direito subjetivo relativo) e dos direitos subjetivos internos de família é a prestação. Entendida como um comportamento. Só que no segundo pode ser patrimonial ou extra patrimonial (alimentos e coabitação).

• CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS REAIS.

Tanto no CC antigo como no novo, o livro do direito das coisas trata da posse.

Características dos direitos reais e distinção entre os direitos reais e os direitos obrigacionais.

Os direitos reais são direitos subjetivos absolutos que se caracterizam em seus vários aspectos do seguinte modo:

a) Pela oponibilidade *erga omnes*, ou seja, o direito real, especialmente a propriedade, é aquele direito em que o proprietário ao exercitá-lo exclui todas as demais pessoas da ingerência sobre a coisa, objeto do seu direito. Além do mais, grande parte da doutrina nacional, diz que o sujeito passivo, na situação jurídica real ou relação jurídica real, é indeterminado. Seriam todos os membros da sociedade que têm o dever negativo de abstenção, de utilizarem-se sem autorização da coisa alheia. Nos direitos obrigacionais, o sujeito passivo, o devedor, é determinado logo ao iniciarse a relação jurídica e somente contra ele o credor pode exigir o cumprimento da prestação. O sujeito passivo dos direitos reais só se determinaria havendo violação a esse direito.

b) Pela aderência ou inerência (CC português), que decorre da oponibilidade *erga omnes*, em que o direito real, na sua essência, adere à coisa, resultando a inseparabilidade entre o direito e a coisa, que alguns autores afirma assemelhada à *hansenfase*. Uma consequência externa da aderência é o poder de seqüela, que existe no direito de propriedade e nos direitos reais menores, já que o titular pode perseguir a coisa onde quer que ela se encontre nas mãos de quem quer que injustamente a detenha ou possua, reivindicando-a (art. 1228 do novo CC e 524 do antigo). A seqüela não é um direito, mas um poder. Reivindicar vem da expressão *res (coisa) + vindicare (pedir em juízo)*. Assim a ação reivindicatória é a ação do proprietário não possuidor para obter a restituição da coisa que está nas mãos de um possuidor injusto não proprietário. Os direitos obrigacionais não são aparelhados de inerência nem do poder de seqüela e por esse motivo, em regra, quando houver inadimplemento ou violação de um direito real, o seu titular realiza a execução compulsória perseguindo e obtendo a própria coisa. No direito obrigacional, o inadimplemento da prestação, na maioria dos casos, se resolve em perdas e danos.

c) É perpétuo, ou seja, nasce e existem enquanto o seu objeto continuar a subsistir, seja imóvel ou móvel, e para que o direito real exista não há necessidade de

ser exercitado, ao contrário dos direitos obrigacionais, que são essencialmente temporários, ou seja, as obrigações nascem com data para extinção do direito, que vai ocorrer com a realização da prestação. Ex: um proprietário de uma casa de campo pode deixar de utiliza-la durante 10, 20 ou 30 anos, deixar de usar ou fruir do imóvel objeto do seu direito, e nem por isso perderá a sua propriedade, a não ser que um terceiro crie uma situação antagônica com posse ad usucapione, tal situação se consolide no tempo e pelo usucapião vem a perder a propriedade para o prescritente.

d) São números clausus ou típicos. Isso significa que todo direito real é criado pela lei e não pode ser criado pela vontade do particular, haja vista que onera toda a sociedade, ao contrário dos direitos obrigacionais, que podem livremente nascer pela vontade particular fora dos tipos legais previstos pelo legislador, já que oneram somente as partes do negócio. Fora do que está previsto da lei (art. 1225) não se pode criar direitos reais.

e) São nominados pelo próprio legislador, que lhes dá um nome específico, ao contrário dos direitos obrigacionais, que são típicos ou atípicos.

f) São elásticos, com base no princípio da fragmentação da senhoria, ou seja, o direito de propriedade, por exemplo, dentro dele, o proprietário pode incluir e criar novos direitos reais. São os direitos reais sobre coisa alheia, deslocando para terceiro os poderes ou faculdades do domínio, de modo temporário, criando, por exemplo, usufruto, servidão, habitação etc. Finda a relação temporária, termina também o desmembramento, volvendo a propriedade à posição anterior, o que não ocorre com os direitos obrigacionais. São poderes da propriedade o uso, disposição, fruição e reivindicação.

g) Preferência dos direitos reais, ou seja, quando o direito real de garantia é criado, através de penhor anticrese ou hipoteca (art. 1419) as dívidas garantidas ficam vinculadas à coisa, por vínculo real e o credor tem preferência sobre os demais credores sem garantia especial, denominados quirografários, para o recebimento do seu crédito com a excussão da coisa.

h) Somente nos direitos reais pode ocorrer a aquisição por usucapião ou prescrição aquisitiva. E usucapião nada mais é do que a transformação da posse, fenômeno típico dos direitos reais, em propriedade ou outro direito real menor, desde que preenchidos os requisitos legais. O que significa este fenômeno é típico direitos reais. Rui Barbosa defendia a tese da posse do direito pessoal. Usucapião é a transformação da posse com determinadas características em propriedade ou outro direito real menor usucapível. Não só existe usucapião de propriedade, como servidão, uso, usufruto, enfiteuse etc.

• DA POSSE – CC, art. 1196 a 1224.

Origem história. Natureza jurídica. Classificação e efeitos.

Desde os primórdios da humanidade, o ser humano se apropria das coisas corpóreas e delas se utiliza para a satisfação de seus interesses, havendo assim um poder de fato do homem em relação às coisas existentes na natureza e esse poder de fato vincula a pessoa à coisa, satisfaz interesses, hoje tem proteção jurídica e interesse social. No direito romano, os romanos desde logo definiram o direito de propriedade e a proteção correspondente a esse direito através da ação reivindicatória. Para eles, propriedade é o poder jurídico sobre a coisa própria oponível a todos juridicamente protegidos pela ação reivindicatória, sendo o direito real por excelência. Propriedade vem de próprio ou a expressão domínio, como sinônimo de propriedade, deriva de dominus, aquele que é dono da coisa, regulando o direito romano de maneira formal a aquisição da propriedade, especialmente em relação às coisas mais importantes, denominadas res mancipi (a terra, o gado, os escravos etc).

Proprietário é aquele que adquire a coisa por força do mandamento legal, pode usar, fruir e dispor, e pode excluir todas as pessoas dessa coisa e dispõe da ação reivindicatória.

No direito romano antigo, século VIII AC a 250 AC, no período pré-clássico, não havia, no seu início, a proteção possessória. Somente se protegia a propriedade, já que para o direito romano, quem tinha a ação (actio) tinha o direito. Roma foi se expandindo, conquistando terras, e o Estado romano começou a conceder aos patrícios (cidadãos romanos), através do precarium a exploração e utilização de terras públicas (ager públicos) com a expressão usufruto possessio, já que a expressão possessio significa poder que se prende a uma coisa. Vem de *cedere*, estar assente. A posse é a exploração econômica do conteúdo da propriedade. A expressão precarium significa uma concessão à exploração da terra alheia, a possessio, essencialmente revogável, ou seja, a qualquer momento, sem nenhum direito ao precarista, o Estado romano podia revogar a concessão. Com o tempo, o cidadão romano passou a conceder, através do precário, a moradia, a utilização das suas terras particulares, as possessiones, aos seus clientes (criadagem). Percebe-se que há a propriedade de um lado, que é um poder jurídico sobre a coisa própria, e de outro lado tem a possessio, que é o poder de fato sobre a coisa alheia. No comodato há garantias, diferenciando-se do precarium romano. O empréstimo de casa a prazo indeterminado para alguém para cultivo, não pode ser revogado o contrato antes de efetivada a finalidade, qual seja, o cultivo.

Como não havia proteção ao precarista, aquele que explorava o bem alheio, o pretor no direito romano, para evitar a violência, passou a conceder em favor do precarista, contra terceiros, ordens administrativas denominadas “interditos”, sendo de recuperação da posse, de manutenção da posse, e contra ameaça de terceiro a posse do precarista. Esses interditos são hoje em dia as ações possessórias típicas de reintegração de posse, de manutenção de posse, e o interdito proibitório, e ainda hoje servem para proteção de maneira rápida e eficaz ao poder de fato de alguém sobre a coisa. A chamada proteção interdital. Nesse período, além da posse revogável do precarista, o direito romano passou a admitir a posse irrevogável o proprietário imperfeito, ou seja, aquele que adquire ou que obtém a *res mancipi* de um proprietário, porém sem as formalidades legais que ainda não é dono, mas pode se transformar em dono pelo usucapião. Essa posse irrevogável era concedida também pelo mesmo motivo àquele que recebia a coisa como se fosse dono numa alienação a *non domino*, feita por que não era o verdadeiro proprietário. Então no período pré-clássico, havia dois tipos de posse: a revogável, do precarista, e a irrevogável, em relação ao alienante.

Como não havia registro de imóveis, era necessário a *mancipatio*, que era uma solenidade na frente de todos em que alguém entregava algo simbolizando a terra. Caso não ocorresse, seria um proprietário imperfeito. Mas com o tempo, poderia adquirir pelo usucapião, sendo irrevogável para quem alienou. Da mesma maneira, existia a alienação a *non domino*. A presunção de veracidade do registro de imóveis é relativa.

No período clássico, 250 AC a 350 DC, o direito romano deixou de dar importância, com seu próprio desuso, do precário, e passou a conferir posse além do proprietário imperfeito, também ao proprietário perfeito, ao verdadeiro dono. Ambos podendo utilizar os interditos possessórios, até porque, em muitas situações é mais fácil e rápido que o dono prove apenas o seu poder de fato sobre a coisa atacada por terceiro, e não o seu poder jurídico, pelo qual teria que provar desde logo a sua propriedade na ação reivindicatória. Posse significa proteção dos interditos. No segundo período, o precário não existia mais.

Na última fase o direito romano passou a conceder proteção possessória, na chamada posse jurídica ao proprietário ou titular de direito real menor e, na chamada posse natural, ele próprio, legislador romano, dizia que determinadas situações eram de posse, de poder de fato sobre a coisa com proteção dos interditos, e outras situações eram de mera detenção jurídica, sem proteção dos interditos, o que acontece até hoje (art. 1198 – distingue posse de detenção jurídica). O legislador é que determina quem é detentor ou não. O detentor é o *fâmulus* (servo, criado) da posse.

Mudança do título da posse não é o caso de mudança de detenção para possuidor. O parágrafo do art. 1198 permite que um detentor se transforme em possuidor. É mudança de detenção para posse. É o caso do caseiro que expulsou o patrão e começou a explorar economicamente a coisa com ânimo de possuir.

Em suma, pelo histórico da posse no Dir. Romano é possível fazer-se a distinção entre propriedade, o maior dos direitos reais, e a posse, que são institutos que muitas vezes coexistem entre si, já que normalmente o proprietário também é possuidor, já que todo proprietário tem o direito de, de fato, explorar economicamente a coisa, exercendo a senhoria sobre ela ou a possibilidade desse exercício através do uso e/ou fruição e/ou disposição sobre ela.

Senhoria sobre a coisa = conteúdo econômico sobre a propriedade, exercitável quando você usa ou faz a coisa frutificar, podendo, inclusive, reivindicá-la.

Propriedade = poder jurídico sobre a coisa própria, protegido juridicamente pela **ação reivindicatória** ou pela **ação de imissão na posse**.

Posse = poder de fato sobre a coisa própria ou alheia juridicamente protegida pelos **interditos**.

Porém, por vezes o proprietário não possui a coisa, objeto do seu domínio, já que pode haver posse alheia até contra sua vontade quando outrem está de fato no exercício da senhoria sobre a coisa, tendo direito sobre ela ou não. Ex.: invasor que sem autorização do proprietário ocupa a coisa, sem título jurídico, e ali se estabelece, exercendo a senhoria sobre ela, explorando-a economicamente.

Em suma, pode haver propriedade com posse exclusiva do proprietário, pode haver a coexistência da posse do proprietário com a posse de outrem, quando esse proprietário especialmente, por acordo de vontades, desdobra a sua posse concedendo a chamada posse direta para alguém que passa a ter o contato material com a coisa através de um direito real ou pessoal como, por exemplo, nos dias de hoje, o usufrutuário, o locatário, etc.; e pode haver um proprietário sem posse alguma e posse injusta de terceiro no caso de uma invasão e exploração econômica da coisa, embora não autorizada, porém, consolidada.

Portanto, a propriedade é um fenômeno jurídico que embora intimamente ligado à posse dela deve ser apartada, já que são institutos diferentes. Os romanos usavam a expressão *separata debet possessio a proprietate* (a posse deve ser separada da propriedade – já que a propriedade é poder jurídico sobre a coisa própria e a posse, poder de fato sobre coisa alheia ou própria); ambas são oponíveis *erga omnes* e juridicamente protegidas: a propriedade pela ação de imissão na posse e pela ação reivindicatória, e a posse, pelos interditos.

Aula do dia 12/08/2003

Embora o proprietário tenha, normalmente, a posse, muitas vezes o proprietário tinha o poder jurídico sobre e o poder de fato, muitas vezes tinha o poder jurídico, mas não tinha o poder de fato. São institutos distintos.

Existem inúmeras teorias sobre a posse porque os estudiosos se apoiaram no direito romano em várias fases.

No direito romano a posse, ou seja, o poder de fato sobre a coisa própria ou alheia juridicamente protegido pelos interditos, poder oponível *erga omnes*, com a presença dos requisitos da autonomia, já que o possuidor deve possuir no seu próprio interesse, sem estar subordinado a ordens ou instruções alheias, através de uma certa estabilidade, pois para haver

posse não basta o mero contato fugas com a coisa. No direito romano, apresentava os seguintes elementos:

a) Elemento objetivo (*possidene corpore*) ou simplesmente corpo, ou seja, o contato material do possuidor com a coisa e os atos que externam esse contato;

b) Elemento subjetivo (*animus*) que em determinadas situações, que em determinadas situações se apresentava como *animus domine*, ou seja, a intenção do possuidor de se tornar dono da coisa. Alguns textos romanos contemplam com a denominação *animun rem sibi habendi*. A expressão *animus* também ocorre como sinônimo de *afectio tenendi*, ou seja, a mera intenção do possuidor de manter-se vinculado à coisa explorando-a economicamente, com conduta de dono, como faria o dono da coisa independentemente de querer se tornar proprietário dela. O que alguns traduzem como simplesmente *animus possidendi*, ou seja, ânimo de possuir.

Sempre são dois elementos: *corpus* (elemento objetivo) e *animus* (elemento subjetivo). O texto se refere ou ao *animus domini*, que era o ânimo que tinha o proprietário imperfeito naquela situação de conduzir ao usucapião, ou ao *animus* que independia de ter a intenção de dono, que é chamada de *afectio tenendi*. Neste caso, não precisa ter a intenção de dono, bastando conduzir a coisa tal qual o dono conduziria. Mesmo que não queira se tornar dono, há neste caso o *animus possidendi*. A partir daí é que foram criadas as teorias objetiva e subjetiva.

O objeto da relação possessória no direito romano, pelo menos na fase do direito antigo, chamada pré-clássica, e também da fase posterior, chamada fase clássica, era o bem corpóreo, seja ele imóvel ou móvel, não se admitindo nesta fase a posse de direitos, que são bens incorpóreos.

Na primeira fase o texto era claro. O bem jurídico tutelado na relação possessória era o bem corpóreo.

Porém na terceira fase do direito romano, na chamada “fase Justiniana” (do imperador Justiniano), na codificação do direito romano, o *corpus* e o *iuris civilis*, chamada de “*digesto*”, quando em três anos o Imperador Justiniano (600 DC, chamada fase pós-clássica ou moderna do direito romano) mandou reunir todo o direito romano de 800 AC até 600 DC. É a chamada espiritualização da posse e os textos passaram a admitir também como objeto da posse os direitos, especialmente direitos reais menores como posse de uma servidão denominada de quase posse. Quando a doutrina alemã passou a estudar profundamente a codificação do direito romano, promovida por Justiniano, percebeu que quanto à sua natureza os textos afirmavam que a posse ora era um mero estado de fato que exteriorizava os poderes ou faculdades do domínio, ora era mencionada como um verdadeiro direito, oponível erga omnes. Ambas as situações jurídicas eram protegidas pelos interditos.

A discussão sobre a natureza da posse como fato ou direito, decorre dos textos romanos, pois ora chamam a posse de “*possessium factum*” (estado de fato protegido pelos interditos em que o possuidor exterioriza os poderes do domínio), ora tratam como “*ius*” (direito).

- TEORIAS SOBRE A POSSE.

I) Teoria Subjetiva.

Savigny, com 24 anos, escreveu sua monumental obra sobre a posse no direito romano e para defini-la com seus elementos e características, cria a teoria subjetiva da posse (Tratados da Posse – 1803). Para Savigny, o elemento material da posse, o *corpus*, é o poder físico sobre a coisa, não necessariamente o contato físico como ela, mas o conjunto de atos que revelassem esse poder físico, a disponibilidade, a detenção material sobre o bem, que permite ao possuidor, através dos interditos, defende-la da agressão de terceiros.

Para Savigny e os subjetivistas em geral, só haveria posse se a pessoa, além do poder físico sobre a coisa, a disponibilidade sobre o bem, a detenção material, o corpus, posse acompanhado do *animus domini*, ou seja, ânimo de dono. A intenção de transformar-se em dono da coisa, especialmente nas hipóteses do proprietário imperfeito, que tinha posse ad usucapione.

Para haver posse: corpus + *animus domini*, acompanhado da *afectio tenendi* (intenção de se manter vinculado à coisa) também está presente.

Sem corpus nem animus não há posse, nem proteção dos interditos, havendo a mera detenção.

Baseou seus estudos nos períodos clássico e pós-clássico.

Para se verificar se há posse, deve se verificar o ânimo do agente. Se tiver o ânimo de se transformar em dono da coisa (*animus domini*) terá, por conseguinte a posse (subjetivismo).

No entanto, nos textos romanos, Savigny encontrou determinadas situações jurídicas em que não havia *animus domini*, apenas o corpus, a relação material com a coisa, mas mesmo assim o direito romano considerava haver posse nessas hipóteses, ou seja, a posse do precarista, a posse do credor pignoratício e a posse do sequestrário, ou seja, o depositário da coisa litigiosa, que recebe o bem durante a demanda por ordem do Juiz.

Em outras situações em que não havia *animus domini*, no entanto, o texto romano dizia que não havia posse, apenas mera detenção, como por exemplo, no caso do locatário, do comodatário, do simples depositário etc.

Essas situações estavam fora da teoria elaborada por Savigny. O precarista, aquele que recebia a coisa para explorar um poder de fato sobre a coisa alheia, não tem animo de dono. O precarista tem a posse revogável, situação temporária, reconhece que recebeu a coisa do dono dela. Ele sabe que tem que restituir a coisa quando o dono quiser. Mesmo com isso tudo, o precarista era protegido pelos interditos, por conseguinte, era possuidor. Do mesmo modo tinha o credor pignoratício, aquele que recebe em penhor, não tem animo de dono, mas aparecia no direito romano como possuidor. O sequestrário, o depositário de coisa litigiosa, também não tinha animo de dono, pois sabe que após a solução do litígio terá que devolver a coisa a que for determinado pelo juízo. Como é que o direito romano concedia proteção interdital a tais situações? Eles eram considerados possuidores.

Savigny, para resolver tais situações, cria o conceito, que não existia no direito romano, de “**posse derivada**”, ou seja, o precarista, o credor pignoratício, e o sequestrário só tinham posse porque o verdadeiro titular da coisa transmitiu a posse que ele tinha sobre ela a essas pessoas em caráter temporário.

Posteriormente, Rudholf Von Ihering, discordando frontalmente da teoria subjetiva da posse, cria a TEORIA OBJETIVA, inclusive, criticando com veemência a expressão “posse derivada”, que não existia no direito romano. Para Ihering, a posse também tem dois elementos:

O elemento objetivo, que é a relação de fato entre a pessoa e a coisa, de acordo como a sua destinação econômica, já que o possuidor explora a coisa como se fosse dono no seu interesse. “Animus” para teoria objetiva nada mais é do que a intenção do possuidor de manter-se vinculado à coisa, se utilizando dela como conduta de dono (*afectio tenendi*), com a intenção de manter essa exploração econômica, independentemente de querer ou não se transformar em dono da coisa, não sendo requisito para a posse o animus de dono, não havendo, portanto, necessidade de pesquisar-se a intenção do possuidor em relação à coisa.

Pode resumir o animus, que nada mais é que o *afectio tenendi* para a teoria objetiva, como um nome simples: animus possidendi ou animo de possuir.

Para Ihering, o corpus engloba o ânimo e estão tão ligados como a palavra ao pensamento. E assim, para essa teoria, a posse é protegida pelos interditos, sendo uma mera exteriorização do direito de propriedade.

A teoria subjetiva foi adotada no CC francês, no CC Português, no CC Italiano. A chamada teoria da vontade.

A teoria objetiva foi adotada no CC alemão, no CC Brasileiro de 1916 e mantida do atual. Porém, o novo CC traz alguns reflexos da chamada teoria sociológica da posse, especialmente da posse trabalho, que tem efeitos relevantes.

Qual a vantagem de se adotar a teoria objetiva da posse (posse é corpus que engloba o ânimo de possuir, independentemente do animus de dono) a adotar a teoria subjetiva da posse (que só há proteção pelos interditos, só há posse, se demonstrar que tem uma relação material com o bem, e também tem a intenção de se transformar em dono da coisa)?

A grande vantagem da teoria objetiva sobre a teoria subjetiva da posse é que nessa última só haverá posse, e, portanto, proteção interdital, havendo corpus + animus domini na chamada posse ad usucapione, que possibilita o possuidor, preenchidos os requisitos legais, tornar-se dono da coisa. Assim sendo, pela teoria subjetiva da posse, o locatário, o depositário, o comodatário, detém materialmente a coisa, temporariamente, mas não são possuidores, já que ao tem nem podem ter enquanto durar tal relação, já que reconhecem o direito alheio e sabem que tem que restituir a coisa finda essa situação, animus de dono.

No sistema subjetivo, quando o locatário e privado da detenção material do bem, não sendo possuidor e sim mero detentor jurídico, não pode se valer da proteção possessória, devendo clamar do auxílio do verdadeiro possuidor, o locador.

Já no nosso sistema, que adotou a teoria objetiva, quando o locatário, o comodatário, o depositário, são afastados ou perturbados ilegitimamente da coisa, tendo em vista que eles são possuidores, que exercem atos possessórios sobre a coisa alheia, podem defender-se pelos interditos imediatamente ou posteriormente ao ataque à sua posse.

Para a teoria objetiva, posse é corpus (que há detenção material) + animus possidendi.

O que diferencia posse de detenção? Posse é poder de fato sobre a coisa própria ou alheia, com autonomia e estabilidade protegida pelos interditos e ações afins, numa situação oponível erga omnes. A detenção é por força de lei.

Para a teoria objetiva, tendo em vista que toda a posse envolve corpus ou detenção material, a diferença entre a posse que é juridicamente protegida e a detenção jurídica que não é protegida pelos interditos, ocorre por uma opção legislativa, ou seja, cabe ao legislador distinguir a posse da detenção em sentido jurídico e ele faz isso especialmente verificando se no caso concreto o detentor material da coisa a explora economicamente com autonomia no seu interesse não subordinado a ordens ou instruções alheias. Quando alguém possui um bem imóvel ou móvel em nome alheio, obedecendo a ordens ou instruções de uma outra pessoa, esse alguém, na realidade, não tendo autonomia, não é possuidor da coisa. Ele é um detentor jurídico, cervo ou fâmulo da posse. O verdadeiro possuidor é aquele que dá as ordens ou instruções ao detentor jurídico, por força de uma relação de emprego, uma relação de amizade, uma relação familiar, amorosa etc.

O art. 1198 do CC, em seu parágrafo único, distingue perfeitamente a situação jurídica denominada posse da situação jurídica denominada detenção.

Para a teoria objetiva a posse é protegida, seja ela de boa ou má-fé, justa ou injusta, plena, direta ou indireta, tendo em vista que modernamente ela é uma sentinela avançada da propriedade. É a primeira barreira ao ataque contra a propriedade, já que o possuidor, externamente, tem conduta de dono, se comporta como o dono faria em relação à coisa, tendo ele direito sobre ela ou não, inclusive é muito mais fácil para o próprio proprietário, que exerce o poder de fato sobre a sua coisa ao ser agredido nesse poder de fato, valer-se dos interditos possessórios, remédios rápidos sem formalidades, em que ele prova apenas o fato da posse e a agressão injusta do que usar a ação reivindicatória, em que ele tem que provar documentalmente o seu poder jurídico sobre a coisa.

Porque que o invasor do MST é protegido, às vezes, até contra o proprietário, para a teoria objetiva? Porque o possuidor aparenta ser o dono.

Para a teoria subjetiva, a posse é protegida tendo em vista a paz social e para evitar-se o ilícito, a violência pelas próprias mãos, para retomada ou apreensão da coisa. Assim sendo, é perfeitamente possível que um possuidor injusto, que obteve o poder de fato sobre a coisa de maneira ilegítima, sem título jurídico, possa valer-se contra o próprio proprietário, contra o próprio titular de direito real sobre a coisa, ou contra um titular de um direito pessoal sobre a coisa, como locação, comodato etc., dos interditos possessórios, pois se o titular da coisa, ao ser atacado não reagiu a tempo, não pode pretender a sua restituição através da violência do exercício arbitrário das próprias razões.

Qual a natureza jurídica da posse no direito brasileiro?

O legislador brasileiro, como vimos, tanto no art. 485 do CC antigo, como no art. 1196 do novo, optou nitidamente por consagrar no direito brasileiro a teoria objetiva da posse, dizendo que se considera possuidor todo aquele que tem de fato o exercício de maneira plena ou não de alguns dos poderes inerentes à propriedade, que são: o uso, a fruição, a disposição, e a reivindicação. Assim sendo, no nosso sistema, basta que haja o corpus da pessoa em relação à coisa, cujo ânimo de possuir está embutido quando a pessoa explora economicamente a coisa exercendo plenamente ou não esses poderes, com estabilidade e a contrário sendo do art. 1198, parágrafo único, com autonomia em proveito próprio, sem estar subordinado a ordem ou instruções alheias, tendo direito real ou pessoal sobre a coisa, ou mantendo sobre ela, ao menos antes do início da sua posse, direito algum.

Qual a diferença que há entre os artigos 485 do antigo CC e o art. 1196 do novo CC?

Art. 485: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de alguns dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade”.

Art. 1196: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”.

O CC de 1916, ao definir o possuidor, dizia que era aquele que no todo ou em parte, usava, fruía, ou dispunha da coisa, ou seja, aquele que de fato tivesse sobre a coisa o exercício desses poderes inerentes ao domínio ou propriedade. O novo CC, no entanto, limita-se a afirmar em seu art. 1196 que possuidor é aquele que de fato, no todo ou em parte, exercita poderes inerentes à propriedade, afastando a expressão domínio.

Aula do dia 14/08/2003

O art. 485 do CC anterior, ao definir possuidor dentro da teoria objetiva da posse, dizia que esse possuidor era aquele que de fato exercia plenamente ou não os poderes ou faculdades do domínio, ou propriedade.

Em primeiro lugar, para a maioria dos autores, domínio e propriedade são expressões sinônimas, significam o direito que o dono tem sobre a coisa própria de dela usar, fruir, dispor ou reivindicá-la.

Há quem entenda que são expressões diversas. Domínio seria a propriedade que tem por objeto o bem corpóreo. Já a propriedade ou a expressão propriedade abrangeria a titularidade da coisa, seja sobre o bem corpóreo, seja sobre o bem incorpóreo. Portanto, uma expressão mais ampla.

Em relação a esse artigo, foi Rui Barbosa que opôs após a expressão domínio a expressão “ou propriedade”. O que ele defendeu na época era uma corrente derivada do direito canônico, medieval, reinol, que permitia a utilização dos interditos possessórios para a proteção de direitos reais ou pessoais, patrimoniais ou não, especialmente relacionados a uma situação jurídica pessoal, de cargo ou função, inclusive funções eclesásticas de Bispo ou Clerados, que tinham o poder sobre os bens da igreja no local onde exerciam seus ministérios

religioso, enquanto eram afastados de maneira injusta ou violenta, valiam-se dos interditos possessórios.

No direito romano, posse só sobre bens corpóreos.

Rui Barbosa quis proteger os direitos pessoais através das ações possessórias, que não tinham a proteção do mandado de segurança, inexistente na época.

Com base nestes princípios, Rui Barbosa defendia a possibilidade de existir posse sobre direitos pessoais ou situações jurídicas pessoais. Hoje em dia essa discussão não tem mais sentido, devido à existência do hábeas corpus, que tutela a liberdade de locomoção do indivíduo, bem como a existência do mandado de segurança, utilizado para proteger o particular dos atos ilegais proferidos por autoridade dita coatora, e com a existência do poder geral de cautela do Juiz (tutela antecipada etc.).

Por esse motivo, pela negativa de existência por parte da doutrina hoje majoritária de posse de situações de direitos pessoais, com o retorno à tradição romana, a expressão domínio foi retirada, mantendo-se o art. 1196 do novo CC a referência à propriedade no sentido de que o objeto da posse limita-se ao bem corpóreo, aos direitos reais menores, aos direitos semi-incorpóreos, como os gases, a energia elétrica, a linha telefônica, não mais sendo utilizada a expressão posse de direitos pessoais.

O legislador passou a utilizar o termo propriedade no sentido estrito.

Obs: o STJ, ao contrário de Pontes de Miranda, não admite mais que ocorra posse sobre as criações do espírito humano, vedando pela súmula 228 a posse de direitos autorais.

Há quem entenda, especialmente no direito administrativo, que tendo em vista que os bens insuscetíveis de apropriação como o ar, a água corrente, o oceano etc., não só são insuscetíveis do direito de propriedade, como também do direito de posse, a não ser quando destacadas do todo, que os bens públicos que, são legalmente inalienáveis (arts. 99, 100, 102 do CC) e que não podem ser objeto de usucapião (súmula 340 STF) também não podem ser objeto de posse pelo particular, haveria aqui mera detenção, a não ser que haja concessão de utilização desse bem público em favor do particular, onde haveria posse precária.

Obs: desde o advento do CC 1916, os bens públicos não são objeto de usucapião.

A questão da proibição de posse de bem público prejudica o possuidor de bem público, que não poderá se utilizar os interditos, devendo solicitar ao procurador respectivo que proteja a sua detenção, em nome da paz pública.

Toda posse é ad *intedicta*, mas nem toda a posse é ad *usucapione*.

Assim sendo, mais correto é afirmar que em se tratando de bens públicos, só pode haver a posse ad *usucapione*.

Para a procuradoria, não há posse sobre bem público, devendo a detenção ser protegida pelo mandado de segurança.

Para os civilistas há posse sobre bens públicos. Para os publicistas há detenção.

Segundo Pontes de Miranda, a par da opinião de grande parte dos autores, não é tecnicamente correta a expressão “posse de direito”, seja posse de direitos reais, seja posse de direitos pessoais. Na realidade a expressão correta é “posse de coisa”, normalmente corpórea, nos termos de um direito, ou até sem direito algum.

Ex. o proprietário de um imóvel possui esse imóvel, que é uma coisa corpórea, nos termos do seu direito de propriedade. O usufrutuário de determinado lote de terreno, possui este lote, que é um bem corpóreo, nos termos do seu direito real menor de usufruto.

O locatário, o depositário, e o comodatário, que são possuidores no sistema objetivo da posse, possuem de maneira direta e imediata o bem locado, o bem depositado, o bem dado em

comodato. Em suma, as coisas nos termos de seu direito pessoal de locação, de depósito e de comodato.

Quando um direito pessoal ou obrigacional traz no seu conteúdo ou no seu exercício a posse, esse direito é denominado direito pessoal de gozo. Ex. locação, comodato, depósito.

Já o invasor, quando sem nenhum direito anterior, invade a propriedade alheia e passa a exercer sobre ela, com autonomia e estabilidade a senhoria sobre a coisa, possui essa coisa invadida sem que tenha título jurídico algum.

O objeto da relação possessória é a coisa e não o direito.

- DA NATUREZA JURÍDICA DA POSSE NO DIREITO BRASILEIRO.

Dentro do CC de 1916, quanto no novo CC, adotou-se, por razões práticas e jurídicas, a teoria objetiva da posse, em que ocorre esse fenômeno jurídico com mero exercício de fato de algum ou todos os poderes inerentes à propriedade sobre determinada coisa, independentemente do possuidor, que tem autonomia e estabilidade, ter a intenção de transformar-se em dono da coisa, e independentemente de qualquer direito anterior sobre ela.

Toda posse é protegida pelos interditos. Para sua caracterização basta o corpus ou detenção material, que engloba o ânimo de possuir, desde que o próprio legislador não tenha decidido, que tal situação jurídica não é posse e sim detenção.

Sendo posse tem proteção interdital, sendo detentor não tem.

Não adotamos a teoria subjetiva, que para configurar posse exige além do corpus, que o possuidor tenha animus domini, ou seja, a intenção de manter-se vinculado à coisa, com a vontade de transformar-se em dono dessa coisa. É a chamada posse ad usucapione, ou posse que conduz ao usucapião. No entanto, o direito brasileiro, para efeito de prescrição aquisitiva, adota a teoria subjetiva da posse, já que exige nesse tipo de aquisição originária da propriedade ou de direito real menor não só a posse que é sempre ad interdicta, protegida pelos interditos, mas também que a posse seja ad usucapione, com intenção de transformar-se em dono da coisa, através da expressão “possuir como seu”, nos arts. 1238 e 1240 do CC, 183 e 191 da CF etc.

Teoria sociológica da posse.

No entanto o professor Darcy Persone, muito citado por toda a doutrina, sempre defendeu junto com Ernandes Gil e outros, que na atualidade o que é relevante na doutrina possessória é a aplicação da chamada teoria sociológica da posse.

Esse professor defende, que ao contrário do que dizia Ihering, ao defender que a posse era a vanguarda da propriedade, que hoje é a posse é, isso sim, na realidade, a vanguarda na luta contra a propriedade, que só interessa à sociedade se tiver uma destinação social e econômica. Em caso contrário, o intérprete ou julgador deve valorizar a posse alheia conducente ao usucapião. Na CF 88 o princípio de proteção à posse produtiva, ou seja, a posse social, já que a posse é o exercício de maneira plena ou não de alguns dos poderes inerentes à propriedade, que são: o uso, a fruição, a disposição, e a reivindicação, o artigo 188, também abrange a posse, tendo que esta ser realizada no supremo interesse social.

A CF, ao garantir o direito de propriedade, também fala que a propriedade atenderá a sua função social. Se posse nada mais é do que o exercício fático do direito de propriedade.

Ocorre que “exercício” já é um fato, sendo tal termo redundante.

Na posse sociológica o que se está discutindo é, de um lado, o possuidor de boa-fé, até o de rusticidade (ignorância), onde o possuidor e sua família sustentam-se com o produto do seu trabalho, e por vezes produzem no interesse de todos, e de outro lado o proprietário com título de domínio, que, no entanto, manteve a sua área estática, sem produção, utilizada de modo egoístico. O invasor nunca é de boa-fé. No entanto, a ignorância pode provocar uma boa-fé.

O nosso legislador civil, no CC de 2002, além de consagrar a teoria objetiva, tutela a posse social em vários artigos. Tanto quando estabelece no art. 1238, parágrafo único, o

usucapião extraordinário, num prazo ainda mais reduzido, de 10 anos além daquele reduzido do caput, de 15 anos, quando o possuidor estabeleceu no imóvel sua moradia habitual ou realizou obras e serviços de caráter produtivo, idem no art. 1242, parágrafo único, com prazo reduzido de cinco anos, com posse de interesse social e econômico.

No direito novo, estabelecido no art. 1228, §§ 4º e 5º, combinado com o art 2030 das disposições transitórias do CC, na chamada direito à aquisição da propriedade com base em posse social, também denominado de expropriação privada ou judicial.

Teorias da natureza da posse.

a) A posse é simplesmente um **fato** sui generis. É um estado de fato que permanece de costas voltadas para o mundo jurídico e só é protegido ocasionalmente, quando alguém indevidamente ou através de violência pretende alterar este estado (Moreira Alves, Lafayetti);

b) A posse é um **fato e também um direito** simultaneamente, tendo em vista que ela goza de proteção jurídica (Edmundo Linz, Savigny,). No entanto, para esses autores, sendo um fato e um direito simultaneamente, tratar-se-ia de um direito pessoal, já que a proteção possessória é dirigida diretamente não a toda a comunidade e sim em face do agressor no momento em que ele se identifica;

c) A posse é um **direito pessoal**, defendida pelo professor Darci Derssone e João Rodrigues, isso porque não é um direito real, já que os direitos reais são números clausus, são típicos, sendo a própria lei que diz quais são os direitos reais, tendo em vista que oneram a todos. A posse não é denominada como direito real nem no CC de 1916, art. 674, nem no novo CC, art. 1225. Seria um critério de exclusão. Além do mais, mesmo que o art. 95 do CPC diga que a ação possessória é ação real imobiliária, a lei 8952/94, que inseriu o § 2º no art. 10 do CPC, faz com que não se exija mais a citação de ambos os cônjuges na demanda possessória, como ocorria com o litisconsórcio necessário no caput desse artigo, salvo se ambos os cônjuges eram co-possuidores ou exerceram atos possessórios sobre a coisa, excluindo desse modo o caráter real da posse e das ações possessórias.

d) A posse é um direito especial (Clóvis Beviláqua), sui generis, que tem por objetivo a defesa da propriedade;

e) A posse é direito real (majoritária) e é real a ação que a tutela (Ihering, Pontes de Miranda, Orlando Gomes, Caio Mário, Washington de Barros Monteiro, Teixeira de Freitas), até porque para Ihering, direito subjetivo é interesse juridicamente protegido, e como a posse é oponível erga omnes, é direito real. Tem todas as características do direito real. É o poder ou faculdade de agir, que se exerce direta ou imediatamente sobre a coisa, é oponível erga omnes, o possuidor age no seu próprio interesse, explora economicamente a coisa com autonomia e estabilidade e não depende de qualquer direito anterior. O fato do § 2º do art. 10 ter afastado o litisconsórcio necessário entre os cônjuges na ação possessória, veio apenas para facilitar a defesa judicial da posse, não descaracterizando a sua natureza real, dela e da sua proteção;

f) A posse é **direito real provisório** (Mota Pinto), tendo em vista que o possuidor não proprietário mantém-se na coisa até que o verdadeiro dono a obtenha de volta por força da ação petítória.

Ação real é ação que serve para tutelar um direito real. Mas, além disso, é aquela ação que em abstrato pode ser proposta em face de qualquer pessoa. A ação de adjudicação compulsória, para a melhor doutrina, será real se a promessa de compra e venda estiver

registrada. Para a melhor técnica não é, porque essa ação, mesmo em abstrato, só pode ser movida em face do promitente vendedor. Então é ação relativa ou pessoal.

Aula do dia 19/08/2003

O projeto 6960/2002, que pretende modificar o novo CC, vem com uma nova definição de posse. Joel Dias Figueira diz que posse é um fato potestativo econômico social.

No atual CC, para haver posse, pela teoria objetiva, necessita-se de estabilidade e autonomia, caso contrário, haveria detenção.

Pelo projeto, “considera-se possuidor todo aquele que tem poder fático de ingerência sócio econômica, absoluta ou relativa, direta ou indireta, sobre determinado bem da vida, que se manifesta através do exercício ou possibilidade de exercício inerente à propriedade ou outro direito real suscetível de posse”.

Sabemos que possuidor é aquele que no todo ou em parte exerce sobre a coisa com autonomia e estabilidade os poderes ou faculdades inerentes ao direito de propriedade, tendo o possuidor direito sobre a coisa, no momento da aquisição da posse, ou não tendo direito algum anterior sobre ela. Portanto, as faculdades ou poderes inerentes ao direito de propriedade, art. 1228, são essenciais para se configurar a posse (usar, fruir, dispor e reivindicar).

Para o fenômeno possessório, usar significa exigir-se da coisa todos os serviços que a mesma pode prestar sem alteração da sua substância.

Ex: alguém, proprietário ou não, está morando em determinado imóvel.

Fruição ou gozo, para o fenômeno possessório, significa fazer frutificar a coisa, auferindo seus frutos ou produtos.

Ex: os alugueres recebidos periodicamente pelo locador.

Disposição para o fenômeno possessório consiste no poder ou no dever de conservar a coisa, transforma-la, gravá-la de ônus, submete-la ao serviço de outrem. Dispor de uma coisa é ter efetivo poder sobre ela, modificá-la, destruí-la, de transmitir ou não sua detenção material a outrem.

Já sabemos que não é preciso ter o poder físico, ter a mão sobre a coisa ou estar sobre ela para ser possuidor. Basta que a coisa esteja mesmo à distância, a disposição do possuidor.

Obs: para efeitos possessórios, o simples fato de o proprietário poder alienar a coisa objeto do seu domínio a par da redação do art. 1196 do CC, anteriormente 485, não significa que o mesmo será possuidor se ele não tiver o uso, a fruição, ou as outras facetas do poder de disposição de maneira efetiva sobre a coisa própria, não sendo correto afirmar que sempre o proprietário será possuidor indireto. Normalmente o proprietário também é possuidor, exercendo a senhoria de fato sobre a coisa, porém, por vezes, não tem posse alguma sobre ela, seja porque nunca adquiriu a posse, seja porque a perdeu pelo esbulho alheio, podendo exercitar o interdito possessório ou a ação petítória para reavê-la ou obtê-la.

Toda posse implica em corpus, ou seja, detenção material do possuidor em relação à coisa, bem como a intenção de possuir, o animus possidendi, para a teoria objetiva, e o animus domini, para a teoria subjetiva. O contato com a coisa é essencial à posse e pode manifestar-se de três modos:

a) Quando há contato físico, material, tangível, aparente, entre o possuidor e a coisa, o que ocorre, por exemplo, quando a pessoa está dormindo na sua moradia, cultivando a terra, usando seu relógio;

b) Quando, apesar de não estar em contato físico, tem o poder de direto e imediato retomá-lo, como por exemplo, alguém que possui um imóvel de veraneio em Petrópolis e pode a qualquer momento ocupar esse imóvel, ou

então quando o aluno deixa seu automóvel no estacionamento e a qualquer hora pode retomar a sua condução;

c) A possibilidade indireta e mediata de obter esse contato físico direito sobre a coisa quando por força da lei, ou acordo de vontade, uma posse plena é desdobrada, concedendo-se o contato 1 e 2 para alguém, possuidor direto, mantendo-se o ex-possuidor pleno vinculado à coisa simbolicamente, podendo reavê-la finda a relação jurídica transitória.

Quando a pessoa por força da lei ou do negócio jurídico, uma das pessoas tem o contato material tangível ou possibilidade de se obter direta e imediatamente esse contato, a pessoa que tem o contato é possuidor direto.

A pessoa que tem a possibilidade indireta e mediata de reaver os contatos 1 e 2, essa pessoa que fica temporariamente vinculada simbolicamente à coisa, ou seja, a pessoa que não tenha o contato 1 e 2, como o locador, nu-proprietário, herdeiros, são possuidores indiretos, enquanto não tiverem o contato. Esse fenômeno é chamado **desdobramento da posse**.

Quando os Tribunais dizem que o proprietário era possuidor direito da coisa, trata-se de posse lato sensu. Está querendo dizer que o proprietário tinha o contato imediato.

Obs: veremos adiante que a posse desdobrada, no fenômeno conhecido como posse direta e posse indireta, decorre especialmente por força da lei ou por força dos contratos. Tecnicamente, quando, de fato, o desdobramento da posse não tiver acontecido, por vezes as decisões dos tribunais afirmam que o proprietário, in caso, era possuidor direto, devendo isso ser entendido como posse direta em sentido amplo, quando esse proprietário, sem contrato ou disposição legal tinha em mãos o contato 1 e 2 sobre a coisa própria.

O tribunal deveria dizer que havia posse plena.

- CONCEITO DO IUS POSSIDENDI E IUS POSSESSIONIS.

É fundamental, para se entender posse, a noção de ius possidendi e ius possessionis, noção que vem do direito romano. Ius possidendi significa direito a ter posse, sendo um efeito da aquisição do direito de propriedade ou de um direito real menor que permita ou induza a posse ou um direito pessoal de gozo. Direito pessoal de gozo são direitos pessoais que o seu exercício signifique posse, como por exemplo, o direito do locatário, depositário etc., direitos esses que em Roma significavam detenção.

Art. 1394, que trata do usufruto, é um exemplo de ius possidendi, pois dá direito ao usufrutuário o direito de possuir.

Obs: alguns direitos reais menores não induzem posse, como a hipoteca. O credor hipotecário não possui posse.

Quem adquiriu o ius possidendi, como efeito da aquisição do direito, ainda não é possuidor. Portanto, não pode valer-se da ação possessória se a coisa lhe for negada. Não tem pretensão possessória e apenas pretensão de entrega da coisa.

É o caso julgado por Capanema em que o casal comprou um apartamento, mas a entrega só seria feita após dois meses. Decorrido o lapso temporal, não foi entregue o apartamento. Não há possibilidade de ação possessória.

Ius possidendi, assim, é um efeito da aquisição de um direito, real ou pessoal, que induz à posse.

Ius possessionis, significa, simplesmente, o direito de posse, ou seja, a posse em si mesma, basta que ela tenha sido efetivamente adquirida por qualquer dos modos permitidos

pelo ordenamento, seja ela justa ou injusta, de boa ou de má-fé, plena, direta ou indireta, civil ou natural, ad interdicta ou ad usucapione, (art. 1204 do CC).

Art. 493 do antigo CC: “Adquire-se a posse:”

I – Pela apreensão da coisa, ou pelo exercício do direito; (base na intenção – critério de Savigny).

II – Pelo fato de se dispor da coisa, ou do direito;

III – Por qualquer dos modos de aquisição em geral.

Art. 1204 do novo CC: “Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade”.

Assim sendo, o ius possessionis nada mais é que a posse. Quem tem o ius possessionis, tem a proteção possessória, pode se valer dos interditos e das ações afins aos interditos.

Quem tem o ius possidendi, ou seja, o direito de possuir, e também o ius possessionis, ou seja, a posse em si mesma, já adquirida, tem posse legítima, justa, juridicamente titulada com base em um direito real ou pessoal.

No entanto, quem, na situação concreta, tem apenas o ius possessionis e não tem o ius possidendi, é um possuidor injusto, independentemente de ter boa ou má-fé. Não tem posse juridicamente titulada.

Ex: o invasor.

Obs: aquele que tem o ius possessionis tem proteção possessória independentemente da origem ilícita ou injurídica da sua posse, não só porque pela teoria objetiva a posse é a sentinela avançada da propriedade, e a proteção ao verdadeiro proprietário também alcança o possuidor numa situação de fato que parece ser uma situação jurídica, não só pela teoria subjetiva para manutenção da paz social, evitando-se a violência por parte do titular da coisa, contra uma situação jurídica já consolidada, como também pelo **princípio da relatividade da posse**, ou seja, o possuidor injusto que possui sem título jurídico, tem posse injusta apenas em relação ao verdadeiro possuidor. Em relação aos demais membros da sociedade, sua posse é justa, legítima, não se podendo permitir a um terceiro que o retire da coisa ou perturbe seu poder de fato ou o ameace sob a alegação de que está ali indevidamente.

Assim sendo, quando o Tribunal dá acórdão concedendo o usucapião e diz que o invasor manteve a posse “justa” e pacífica durante 15 anos, está se referindo à posse justa em relação a toda a sociedade.

- A POSSE E SUA CLASSIFICAÇÃO – ARTS. 1196 A 1203 DO NOVO CC.

a) **Posse originária**: é aquela que ocorre de um ato de investidura que o próprio possuidor, independentemente da ação de qualquer antigo possuidor. O que ocorre, por exemplo, na caça, na pesca e na posse ad usucapione, quando se referir ao usucapião extraordinário. Para a maioria da doutrina, a posse originária é isenta de vícios, purgam os eventuais vícios possessórios anteriores, em relação à coisa;

b) **Posse derivada**: é aquela que provém de uma transferência de um possuidor anterior ao novo possuidor, seja por força da lei, como no art. 1784 do novo CC, pela saisina, quando o autor da herança, no momento da sua morte, transfere a sua posse sobre o bem de seu patrimônio imediatamente aos herdeiros legais ou testamentários. Pode decorrer também do contrato ou da convenção entre o antigo possuidor e o novo possuidor, como por exemplo, no contrato de cessão de posse ou nos contratos translativos de domínio ou de

direitos pessoais ou reais menores que contenham a cláusula constituti ou constituto possessório (art. 494, IV do antigo CC, não mencionado no novo CC, mas já é objeto do enunciado 77 do STJ, de 09/2002). Na posse derivada, o novo possuidor recebe os vícios possessórios anteriores, a não ser que a sucessão seja a título singular e ele quiser utilizar-se de não somar a sua posse à posse anterior, como veremos posteriormente ao estudarmos o art. 1207 do CC;

c) **Posse plena**: é a posse que se caracteriza quando o possuidor tem em mão simultaneamente o uso, a fruição, a disposição e a reivindicação. É chamada de posse unificada, ou simplesmente posse. O invasor pode ter posse plena porque ele usa, goza, frui e dispõe. A alienação, em termos de posse, não é relevante. Nada tem a ver com disposição. Esta é a alteração física que nela é procedida pelo possuidor. Nada impede que uma pessoa que tenha posse plena mediatizar a sua posse;

Aula do dia 21/08/2003.

d) **Posse direta e posse indireta** (art. 486 do antigo CC e art. 1197 do novo CC): o art. 1197, inspirado no parágrafo 868 do código civil alemão, nos fala sobre o desdobramento ou mediação da posse plena, ou sejam, por vezes, a própria lei ou o contrato, em relação de direito real ou pessoal, determinam o desmembramento de uma posse plena em camadas, sendo concedido a alguém o contato direto e imediato em relação à coisa alheia, de maneira temporária. O contato 1 e 2 já mencionado, mantido o antigo possuidor pleno, vinculado simbolicamente à coisa durante aquela relação temporária. Ambos são considerados possuidores e aquele que fica com o contato físico, material, tangível em relação à coisa, ou a possibilidade imediata de obter esse contato físico, chama-se possuidor direto. Aquele que fica vinculado simbolicamente à coisa, podendo finda essa relação temporária, portanto, de maneira mediata e indireta, obter o contato material, chama-se possuidor indireto. Exemplo de posse direta: a posse do locatário, do depositário, do comodatário, do usufrutuário, do enfiteuta em relação ao domínio útil, do superficiário, do inventariante, após a abertura da sucessão e até a partilha etc. Exemplo de posse indireta: a posse do locador, a posse do comodante, a posse do depositante, a posse do nu-proprietário, a posse do herdeiro não inventariante sobre os bens da herança até a partilha. A doutrina quando comentava o art. 486 do CC de 1916 dizia que as situações jurídicas de posse direta e indireta ali mencionadas não eram exaustivas e sim meramente exemplificativas. Em suma, as posses direta e indireta são posses de graus diferentes sobre a mesma coisa e essa mediatização da posse pode ir ao infinito.

Todas as vezes que a posse estiver desdobrada, mediatizada, em posse direta e indireta, seja o possuidor direto, seja o possuidor indireto, ambos sendo possuidores, cada um exercendo interesse próprio, tem legitimidade para exercerem as ações possessórias típicas, salvo quando a lei o proíbe, como na hipótese do art. 5º da lei do inquilinato, que determina que a ação correta é a de despejo movida pelo locador, seja qual for a causa que enseja o término da locação, mesmo que posse haver esbulho em tese, tudo por uma questão de política legislativa. Como diz a frase final do art. 1197, o possuidor direto, por ser possuidor, tendo o ius possidendi e ius possessionis, pode defender a sua posse até mesmo contra o possuidor indireto, e vice-versa, embora não expresso nesse artigo (Vide o enunciado 76 da CESTJ, no seguinte sentido: “art. 1197: o

possuidor direto tem o direito de defender a sua posse contra o indireto e este contra aquele”). Ambos também podem defender a posse de um ou de outro em relação a terceiros. O projeto 6960 pretende mudar a redação do art. 1197 para ficar mais técnica, abrangendo o “vice-versa”. Redação: “a posse direta dos bens, mesmo em caráter temporária e decorrente de um direito pessoal ou real, não anula a posse direta de quem foi havida, podendo qualquer um deles agir em sua defesa, inclusive por ato praticado pelo outro possuidor” – Joel Figueira Dias Júnior.

Concurso da DP: “A” locador. “B” locatário. “B” sai de férias. Um estranho invade o imóvel e troca a fechadura. O locador o procura. Qual a solução? O locador, possuidor indireto, pode defender a posse indireta.

Obs: com relação à companheira que, após a morte do companheiro, continua morando no imóvel do de cujus, sem que houvesse comunicação do imóvel à mesma, pode-se aplicar o art. 1208, que diz que não induz em posse os atos de mera permissão ou tolerância, não havendo condomínio nem composses, sendo mera permissionária de uso. No entanto, há entendimentos de que na união estável, quando o imóvel não foi objeto conseguido pelo casal e, por conseguinte, pertencente a ela também, argumenta-se com o direito real de habitação, que não foi no novo código estendido expressamente à companheira. É o entendimento de Tepedino, somente se o imóvel for o único imóvel residencial a ser inventariado. Um acórdão de SP entendeu haver composses: a posse dos herdeiros, pelo princípio de saisine, e a posse da companheira pelo direito real de habitação. Na composses um não pode excluir o outro.

• DETENÇÃO.

Detenção em sentido jurídico e da mera detenção (art. 1198 do novo CC).

Já sabemos que pela teoria objetiva da posse, toda posse envolve detenção material, o chamado corpus, ou seja, a relação material existente entre o possuidor e a coisa. É o elemento objetivo da posse.

Além do corpus, também haveria o ânimo de possuir, elemento subjetivo, implícito no corpus, que é a intenção do possuidor de manter-se vinculado à coisa, explorando-a economicamente, não havendo necessidade para essa teoria do animus domini, ou seja, a intenção de transformar-se em dono da coisa. Para a teoria objetiva, o que distingue posse da detenção, em sentido jurídico, e da mera detenção e a vontade do legislador, determinada na própria lei, e a diferença fundamental é que havendo posse ela é defendida pelas ações possessórias típicas e pelas ações afins. Se houver detenção, em sentido jurídico, ou mera detenção, não haverá a defesa possessória por parte do detentor, também chamado, cervo da posse ou fâmulo da posse.

Detenção é o estado de fato, em sentido jurídico, dependente, sem autonomia, quando o detentor conserva a posse em nome do verdadeiro possuidor, chamado senhor da posse, em cumprimento de ordens ou instruções do verdadeiro possuidor, portanto, de maneira subordinada, por virtude de uma relação de emprego, funcional, por amizade, por uma situação de família, e até uma situação amorosa, tendo por objeto bem imóvel ou bem móvel.

A detenção, em sentido jurídico, está mencionada no art. 1198, acrescida de um parágrafo único, no novo CC, e se apresenta com a seguinte fórmula: corpus, que é a detenção material, com o animus detencionis, subordinado a outrem, sem autonomia.

Exemplos de detenção jurídica: o caseiro em relação ao imóvel do patrão e os bens que o guarnecem; o militar, em relação à arma da corporação; o bibliotecário, em relação aos livros que administra; o amigo que utiliza o automóvel para, em nome do proprietário do carro, realizar serviços em nome deste.

O novo código traz o parágrafo único, no art. 1198, consolidando uma situação já prevista pela doutrina e jurisprudência, ou seja, se a titulação jurídica se inicia como detenção e não como posse, presume-se que essa situação jurídica continua como detenção, desde que o próprio detentor ??? seja através de convenção ou testamento, o que é permitido pelo legislador, onde haverá posse legítima, seja através de uma mudança de detentor para possuidor através de conduta injurídica, quando ostensivamente se opôs ao antigo possuidor, não mais se reconhecendo como detentor jurídico e esse antigo possuidor não tomou providências a tempo.

Não é o fenômeno da interversão da causa do título da posse. Não é mudança de um tipo de posse para outro tipo.

No caso do parágrafo único do art. 1198, o que ocorre é a mudança da detenção para uma das modalidades de posse. Assim sendo, não é interversão da posse, que pressupõe a mudança de uma posse para outra. Esta está no art. 1203 do CC.

Pode haver a mudança de detenção para posse de maneira legítima, como no caso da herança deixada ao caseiro pelo patrão.

É possível também que essa mudança de detenção jurídica para posse se dê de maneira ilegítima, quando, por exemplo, o caseiro, revoltado com o patrão, decide que não mais é empregado do patrão, passando a usar a coisa no seu próprio interesse, explorando-a em seu proveito sem que o patrão tenha reagido a tempo. O caseiro passa a ser possuidor, porém, injusto, ilegítimo, sem título jurídico, comete esbulho possessório, podendo ser réu na ação possessória movida pelo patrão.

Quando o patrão ordena que um preposto invada um terreno alheio, a ação movida contra o preposto, deverá ser nomeada à autoria por este.

A doutrina afirma que há diferença entre **detenção em sentido jurídico** e a **mera detenção**, tendo em vista que em determinados casos, pessoas não possuidoras estão com a coisa imóvel ou móvel sob o seu poder material, no entanto, sem qualquer vontade, sem qualquer subordinação, sem a intenção de exercerem sobre ela exploração econômica em nome de outrem, ou seja, sem animus detencionis. Neste caso há mera detenção. Ex: um sonâmbulo ou hipnotizado, que coloca no seu bolso um determinado objeto; um ladrão que rouba um objeto e coloca na bolsa de outrem.

Na prova da magistratura perguntou-se sobre um furto de um automóvel, que apareceu com novo proprietário, de boa-fé, cinco anos depois. O antigo proprietário entrou com uma ação reivindicatória. O réu alegou usucapião. É procedente? Em tese estariam presentes todos os requisitos do usucapião. No entanto, o STJ nessas hipóteses tem o entendimento de que o fator operante de qualquer tipo de prescrição aquisitiva ou extintiva, juntamente com o tempo, é a inércia do titular do direito, o que não ocorreu no caso em pauta.

Assim sendo, em qualquer tipo de furto, não é cabível o usucapião.

Um dono de uma fazenda que vê constrangido o avião do presidente da república em pane ficar pousado na sua fazenda por determinado tempo, sem intenção alguma de deter o avião em nome de outrem. É caso de mera detenção.

Também se caracteriza como mera detenção, sem proteção possessória, as hipóteses do art. 1208, antigo art. 497 do CC, que são os seguintes:

Primeira hipótese: não induzem posse quando presentes, em relação à coisa, os atos de mera permissão ou tolerância. Aquele que recebe a mera permissão ou tolerância não é possuidor. É mero permissionário, a título precário, embora possa aparentar ter posse. Por esse motivo, quem afirma ter concedido a outrem essa mera permissão ou tolerância tem o ônus de provar tal situação.

Normalmente as permissões ou tolerâncias devem ser feitas por documento, para que se evite a aquisição possessória.

O direito real de servidão se constitui com um contrato de servidão e o direito real nasce com o registro no RGI. Diferentemente, portanto, quando um vizinho abre um caminho em

terreno alheio, que é tolerado (tácito) ou permitido (expresso). Nesse caso, poderá haver o usucapião de servidão, caso não sejam tomadas as medidas necessárias para expor a mera detenção.

Súmula 415 STF: servidão de trânsito não titulada, mas tornada permanente, sobretudo pela natureza das obras realizadas, considera-se aparente, conferindo direito à proteção possessória.

A segunda parte do art. 1208: “... assim, como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade”.

Para efeito de usucapião, o prazo só começa a contar a partir da cessação da violência ou da clandestinidade.

Aula do dia 26/08/2003

Art. 1198, parágrafo único.

A detenção em sentido jurídico requer o corpus, que é a relação material entre o detento e a coisa e o ânimo de deter a coisa (animus detentionis).

Como pela teoria jurídica, o que distingue a posse da detenção é a política legislativa.

No entanto, há a existência da mera detenção, em que o detentor não tem a intenção de deter a coisa em nome alheio.

Assim sendo, no art. 1208 do CC, onde há casos de tolerância e permissão, são casos de mera detenção.

O art. 1208 do novo código, na sua segunda parte, também apresenta uma hipótese de mera detenção, já que o legislador afirma que não haverá aquisição de posse, a apreensão da coisa, através de atos violentos, ou seja, violência física ou moral, ou através de atos clandestinos sub-reptícios, em que alguém pretende ter poder de fato sobre a coisa alheia, às escondidas do legítimo possuidor, somente após de cessar a violência ou a clandestinidade, ou seja, se alguém estiver invadindo um imóvel alheio, enquanto houver resistência, havendo prática de violência, o invasor não terá posse, e sim mera detenção.

O art. 1201, § 1º, trata da legítima defesa da posse, pelas próprias mãos, ou desforço possessório. Difere este do primeiro porque a legítima defesa da posse é no momento do ataque, enquanto o desforço possessório é o ato praticado logo após o ataque da posse, quando o ofendido vier a ter conhecimento.

Em relação aos atos clandestinos, a regra é a mesma. Enquanto não houver conhecimento da invasão, não haverá posse, e sim, mera detenção.

Em suma, na hipótese de invasão realizada, ou a tomada da coisa, através de violência ou clandestinidade, somente haverá posse a partir do momento que, no primeiro caso, cesse a resistência do legítimo possuidor e a posse do invasor se iniciará de maneira pacífica, sendo posse injusta, caracterizado o esbulho possessório, iniciando-se a contagem do tempo para o usucapião. Do mesmo modo, quando a invasão do clandestino torna-se conhecida pelo legítimo possuidor, que não toma as providências imediatas para a desocupação, ainda não haverá posse. Tornada pública ela se inicia, porém injusta em face do esbulhado, no entanto, se inicia a contagem de prazo para o usucapião.

O que interessa para se caracterizar a clandestinidade é o desconhecimento do legítimo possuidor. Não importa se terceiros, como vizinhos, tenham conhecimento.

Também haverá mera detenção nas hipóteses nos arts. 522 do antigo CC e 1224 do novo CC, quando o legislador diz que só se considera perdida a posse para quem não presenciou o esbulho, que significa a perda total ou parcial da posse de modo ilegítimo, quando essa pessoa, tendo notícia desse esbulho, se abstém de retornar à coisa, ou tentando recupere-la é violentamente repellido, ou seja, o chamado ausente pelo art. 522 pelo antigo CC, significando simplesmente o que não está presente e não aqueles que desaparecem do seu domicílio deixando bens sem alguém para administra-los, que era mencionado na parte geral do CC de 1916, mantém a posse apenas pelo ânimo de possuir, **solo animus**, como diziam os romanos, mesmo que alguém detenha materialmente a coisa até o momento que tem notícia da ocupação, ficando inerte ou tentando recuperar a coisa, é repellido.

Art. 522 do antigo CC: “só se considera perdida a posse para o **ausente**, quando, tendo notícia da ocupação, se abstém de retomar a coisa, ou, tentando recupera-la, é violentamente repellido”.

O ausente deste artigo é o não presente. Difere, portanto, do ausente do direito de família e sucessões.

Na prática, posse é corpus mais animus possidendi, que na realidade o animus está embutido no corpus, bem como o affectio tenendi, que é a intenção de possuir a coisa como sua, com autonomia. Assim, se “A” é possuidor de um terreno e mora no rio de janeiro. “B” invade e passa a usufruir e dispor. Enquanto o “A” não tiver conhecimento desta invasão, “B” será mero detentor. “A” não tem a posse, de fato, mas o legislador determina que ele ainda a tenha. É o **solo animus**. Não tem o corpus, mas tem o ânimo de possuir. No dia que ele souber que foi esbulhado, cai o solo animus.

Deve-se usar o princípio da razoabilidade para se aplicar o prazo para conhecimento de um esbulho. Se uma pessoa frequenta regularmente sua propriedade, em períodos regulares, parece haver ainda o solo animus. Não parece razoável a visita irregular, por períodos longos, inesperados.

Questão interessante é quando há um esbulho com um período razoável, vindo terceiro a atacar a mera detenção do esbulhador. A melhor doutrina diz que a mera detenção é em relação ao proprietário. Em relação a terceiros ele é possuidor. É o princípio da relatividade da posse.

O art. 1224 do CC, de difícil interpretação, deve ser aplicado na íntegra na relação entre esbulhador e o legítimo possuidor, até pelo princípio da relatividade de uma situação que conduz à posse. Perante terceiros é possível considerar que o poder de fato sobre a coisa alheia por parte do esbulhador, havendo autonomia e estabilidade, é posse, pode ser defendida pelos interditos, e mais, é posse justa por razões sociais independentemente da ciência da situação esbulhativa por parte do legítimo possuidor.

Também não constitui posse, e sim mera detenção, o simples contato material sem a vontade deliberada e com a consciência de praticar certos atos sobre determinado objeto. Por exemplo, o aluno que vai para o colégio não é possuidor das cadeiras e dos objetos materiais que guarnecem a mesma.

Posse pela teoria subjetiva:

CORPUS + ANIMUN DOMINI + AFECTIO TENENDI (é a intenção de se manter vinculado à coisa em nome próprio, que é comum a qualquer tipo de posse).

Posse pela teoria subjetiva:

CORPUS + ANIMUS POSSIDENDI + AFECTIO TENENDI.

Detenção:

CORPUS + ANIMUS DETENCIONIS (que é a intenção de manter vinculado à coisa em nome de alguém).

Mera Detenção:

CORPUS (não possui animus detencionis).

Obs: há quem entenda que a detenção material sobre bem público não é posse, pelo menos em relação à pessoa jurídica de direito público, titular da coisa. O que haveria também é mera detenção, não podendo o detentor das coisas fora do comércio jurídico, ou seja, dos bens públicos, utilizar-se dos interditos possessórios em face do titular. Alguns códigos estrangeiros dizem que não há posse sobre bens públicos. No Brasil, no entanto, não há nenhuma regra que afirme pela inexistência de posse sobre bem público. O que não é possível proibido pela CF, art. 183 e 191, pela súmula 340 do STF e pelo art. 102 do novo CC é que exista posse ad usucapione sobre bem público, que não estão sujeitos à prescrição aquisitiva.

Os bens públicos, na CF, estão nos artigos 20, 21 e 188. No novo CC nos arts. 99, I, II, e III, até o art. 103.

Silvio de Salvo Venosa, Maria Helena Diniz, Carlos Roberto Gonçalves, e Maria Silvia de Pietro entendem que não pode haver posse de bens públicos.

Em sentido contrário, entendendo que há posse ad interdicta, Tepedino.

- **COMPOSSE** (art. 1199 do CC).

Em princípio não seria possível, já que a propriedade é exclusiva e sendo a posse uma exteriorização da propriedade, que duas ou mais pessoas pudessem exercer sobre a mesma coisa, simultaneamente, atos possessórios, ou seja, a existência de comosse ou comunhão na posse.

Ocorre que em muitas situações, mesmo a propriedade sendo exclusiva, o legislador admite a existência de uma só propriedade com vários titulares, o que ocorre no condomínio, seja ele intervivos, quando várias pessoas se tornam co-proprietários de um bem móvel ou imóvel, no condomínio comum do CC (1314) ou então no chamado condomínio hereditário, em que os herdeiros, no momento da morte do autor da herança, se tornam co-proprietários dos bens da herança, que é coisa indivisa e bem imóvel para efeitos legais (art. 80, II do CC) até a partilha (art. 1791, parágrafo único).

Comosse ou comunhão na posse, art. 1199 do CC: é uma situação jurídica pela qual duas ou mais pessoas exercem simultaneamente poderes possessórios sobre uma mesma coisa e a comosse pode derivar, como normalmente deriva, do condomínio, da situação de cônjuge, da situação de união estável, podendo haver comosse sem que haja direito anterior algum dos comossuidores sobre a coisa, como, por exemplo, a comosse de vários invasores sobre terreno alheio.

Pode haver um condomínio sem que os condôminos sejam possuidores. É o exemplo de invasão no condomínio por terceiro na totalidade da propriedade.

Obs: é perfeitamente possível que exista um condomínio quando duas ou mais pessoas são donas de determinada coisa e não haja nenhuma comosse, como por exemplo, uma propriedade com dois donos que é possuída somente por um invasor. Ao mesmo tempo, pode ocorrer que haja uma propriedade exclusiva de alguém e sobre ela se estabeleça uma comosse, com duas ou mais pessoas, com título jurídico ou não, se tornando comossuidores.

Quando duas pessoas exercem atos possessórios sobre a mesma coisa, tal situação pode derivar, seja do desdobramento de uma posse plena, o que ocorre, por exemplo, na mediatização da posse, em posse direta e indireta, em que existem dois possuidores possuindo a mesma coisa, porém em graus diferentes e com qualidades de posses diferentes, e pode existir a comosse, chamada pela doutrina de **comosse pró-indiviso**, ou seja, quando duas

ou mais pessoas possuem simultaneamente a mesma coisa em uma posse do mesmo grau e na mesma qualidade, determinando o legislador que cada uma delas, independentemente de serem titulares de determinado quinhão sobre a coisa, podem exercer sobre ela livremente atos possessórios sobre o bem todo desde que não haja exclusão dos demais compossuidores.

Duas pessoas podem exercer atos possessórios sobre a mesma coisa de duas maneiras: pelo desdobramento da posse, em que há o possuidor indireto e o possuidor direto, não havendo a composses, já que são posses em graus diferentes; e pela composses, em que duas ou mais pessoas também exercem atos possessórios sobre a mesma coisa, só que de mesmo grau e qualidade. No entanto, nada impede que haja a mistura das duas, como no caso da locação de um bem para duas pessoas, que são compossuidores e possuidores diretos.

Obs: é possível a coexistência simultânea de duas situações jurídicas que normalmente se apresentam apartadas, ou seja, a posse desdobrada ou mediatizada, em camadas, direta ou indireta, bem como a ocorrência de composses, quando duas ou mais pessoas, ao mesmo tempo exercem essa posse direta ou indireta. A existência de um contrato de locação com dois locadores ou dois locatários, onde haverá posse direta e indireta e ao mesmo tempo composses direta e ou composses indireta. O que pode acontecer no co-usufruto ou no co-direito real de habitação, na co-enfiteuse, também com dois ou mais superficiários etc.

Um compossuidor não pode excluir o outro.

Em primeiro lugar, a doutrina afirma, e o art. 1199 também, que a verdadeira composses é aquela que é exercida por todos os compossuidores em comum sobre determinada coisa sem que haja uma divisão de fato, ou seja, sem que cada um venha a ocupar, por acordo ou não, áreas delimitadas na coisa, já que nessa hipótese não haveria propriamente composses e sim uma **posse pró-diviso**.

O art. 1314 em coisa indivisa, que é a coisa, divisível ou não, que permanece sem estar dividida.

Bem divisível é aquela que pode ser partilhada sem que perca a sua utilidade econômica.

Prova da Defensoria Pública: “A” e “B” são condôminos e compossuidores de um imóvel. Em determinado dia “A” franqueia a entrada de “B” e diz que ali ele não entra mais. Quid iuris?

Já que a lei garante a qualquer compossuidor a utilização do bem em todos os seus recantos, independentemente da fração ideal de cada um sobre a coisa, indaga-se na hipótese de um deles excluir os demais da utilização da coisa, qual seria a medida cabível por parte dos prejudicados?

Parte da doutrina e da jurisprudência entendem, com base no direito estrangeiro, por exemplo, § 866 do CC alemão, o BGB, que nas relações internas entre os co-possuidores não cabe proteção possessória entre eles e sim somente ação de perdas e danos.

§ 888 do BGB: se vários possuírem em comum uma coisa, não lhes caberá nas suas relações recíprocas uma proteção possessória, a não ser que se trate dos limites de uso que cabe a cada um deles.

O STJ admite tranquilamente uma ação possessória de um compossuidor excluído da posse, em face do seu compossuidor.

Aula do dia 28/08/2003.

Discussão sobre posse sobre bem público.

Não há regra sobre a proibição de posse de bem público.

No entanto, o Código Italiano, de 1942, no art. 1145, dizendo: “posse de coisa fora do comércio: a posse das coisas não se pode adquirir a propriedade é sem efeito” – sistema de Savigny, admitia a posse ad interdictos.

E continua o código: “nas relações entre particulares, contudo, é concedida a ação de esbulho em relação aos bens pertencentes ao domínio público”.

No entanto, pela redação do texto acima, a posse só seria ineficaz em relação ao poder público, mas não em relação aos particulares.

Assim sendo: Poderá haver posse de bem público?

Uma corrente, muito forte hoje em dia, afirma que não há posse de bem público, mas não tem base legislativa para isso. O que não há é posse ad usucapione nem ad interdicta. Não se pode transformar o poder de fato sobre o bem público em propriedade. Há detenção.

Uma segunda corrente diz o contrário. Há posse sim, na forma de proibição legal. O que a CF proíbe é a posse ad usucapione.

Uma terceira corrente entende que, mesmo pra quem admita que não há posse para bem público, essa relação se limita entre o particular o poder público. Nas relações entre particulares sobre a utilização do bem público é perfeitamente cabível afirmar que há posse, inclusive com a defesa dos interditos.

• Comosse.

Pelo art. 1199, a verdadeira comosse, ou a comunhão da posse, é a chamada comosse pró-indiviso.

O art. 266 do CC de 1916 diz: “Na constância da sociedade conjugal, a propriedade e posse dos bens é comum” (regime da comunhão universal). Não há dispositivo correspondente no novo CC. Não foi repetido por causa do art. 10º, § 2º do CPC.

Pergunta: quando um dos compassuidores resolve usar a coisa sozinha, excluindo o outro compassuidor, o que poderá ser feito?

Quando um compassuidor passa a possuir a coisa exclusivamente ou então parcialmente, sem autorização dos demais, há quem entenda que entre os compassuidores, na relação interna da comosse, não caberá proteção possessória, a não ser que tenha havido um acordo estabelecido a posse pró-diviso e qualquer deles, indevidamente, queira se utilizar da porção alheia. Só caberia indenização com base no ato ilícito.

Assim sendo se “A”, “B”, e “C” têm comosse de um imóvel, se “A” proíbe “B” e “C” de ingressarem no imóvel, só caberá ação de indenização, co base no ato ilícito.

No entanto, entendem alguns doutrinadores que quando houver posse pró-diviso, ou seja, quando dentro do imóvel houver um acordo de divisão, poderá haver a utilização dos interditos.

A base jurídica é o CC alemão, § 866: “se vários possuírem em comum uma coisa, não lhes caberá nas suas relações recíprocas uma proteção possessória, a não ser que se trate dos limites do uso que cabe a um deles”. Não há dispositivo semelhante no direito brasileiro.

No nosso direito, inclusivo no STJ, já que essa regra não é aqui estabelecida, prevalece a corrente de que é perfeitamente possível a ação possessória entre compassuidores movida por um em face do outro, nos seguintes termos:

RE 136922 TO – 4ª Turma. Relator: Rui Rosado de Aguiar: “Comosse. Área comum pró-indiviso. Turbação. É cabível a ação possessória intentada por compassuidores para combater turbação ou esbulho praticado por um deles, cercando fração da gleba comum”.

1º Tribunal de Alçada de São Paulo. Apelação 445806. “Possessória. Reintegração. Comosse pró-indiviso. Instalação de cerca de um dos compassuidores em determinada área, impedindo a utilização pelos outros. Esbulho caracterizado. Ação parcialmente procedente, excluindo as perdas e danos já que não comprovadas”.

Obs: esbulho é a perda total ou parcial da posse. Difere da turbação porque nesta não se perde a posse e sim é atrapalhado na sua utilização pacífica.

Assim sendo, na questão da Defensoria, caberiam três soluções:

Primeira: caberia a ação possessória;

Segunda: a possibilidade de cobrança de aluguel de um compossuidor ao outro, tendo em vista que a regra do condomínio comum do art. 625 do CC 1916, substituído pelo art. 1319 do CC novo, diz expressamente que cada condômino responde aos outros pelos frutos que percebeu da coisa e pelo dano que lhe causou. Ora, aluguel é a contra prestação pela utilização da coisa e pode ser cobrado sem que haja contrato de locação. Por exemplo, havendo comodato, empréstimo gratuito de coisa infungível, o art. 532 do novo CC, 1252 do antigo CC, permitem a cobrança de aluguel ou aluguer que é um fruto civil ao comodatário, quando constituído em mora, pelo comodante, para devolver a coisa e não o faz.

Obs: todo bem imóvel é infungível.

Pode haver composses em qualquer tipo de posse, como na plena, na indireta, da direta etc.

A jurisprudência entende que a cobrança do aluguel só valerá a partir da citação na ação de cobrança e o aluguel será arbitrado com base no valor locativo da coisa de acordo com o mercado imobiliário da região onde é situada, abatendo-se deste o valor correspondente à fração ideal daquele que se utiliza com exclusividade.

Ex: “A”, “B” e “C” tem 1/3 da posse do imóvel. Um passa a usar com exclusividade. O prejudicado entra com ação de cobrança, que será cobrada a partir da citação. Se o aluguel do imóvel for, por estimativa, de R\$ 900,00, o aluguel será de R\$ 300,00.

Tem-se entendido que além do aluguer, só caberão perdas e danos se houver uma utilização exclusiva em que o possuidor ilicitamente exclui os demais do uso da coisa. Se não houver proibição na utilização o possuidor, agora exclusivo, está no exercício regular de um direito, não pratica ato ilícito e, portanto, não tem que indenizar.

Obs: há diferença entre comunhão e condomínio?

Condomínio é dividido em condomínio comum do CC e condomínio horizontal, também disciplinado no CC. O condomínio comum é temporário, enquanto o horizontal é perpétuo.

Já a comunhão do casamento não é o condomínio comum. É o que os alemães chamam de **comunhão de mão comum**. Nesta os dois cônjuges não tem fração ideal na realidade. Os dois são donos de tudo, desde que o regime de bens o permita em relação aos bens comunicáveis. Difere do condomínio do CC porque o neste cada um dos condôminos são titulares de uma fração ideal. Tem uma característica comum de que o condômino comum pode a qualquer momento extinguir o condomínio (direito potestativo – art. 1320 do CC), em relação aos bens divisíveis. No caso de bens indivisíveis, o art. 1322 do CC.

O regime de bens não se extingue a qualquer momento, só cabendo nos casos permitidos em lei.

Na comunhão de mão comum não se permite a cobrança de aluguel pelo outro cônjuge, já que há posse na totalidade. A questão é controvertida no STJ.

Caberá ação possessória já que há composses. Parte da doutrina diz que não cabe, devendo haver uma medicação cautelar de retorno ao lar.

Assim sendo, temos três soluções para a questão da DP:

- a) Ação possessória;
- b) Cobrar aluguel;
- c) Extinguir o condomínio se houver composses com base no condomínio.

Se a composses se basear em condomínio, ou seja, tem por base uma propriedade comum, uma das soluções seria qualquer dos condôminos exercer o seu direito potestativo à extinção do condomínio que pode ser feita através do procedimento previsto no CPC de extinção de condomínio através de alienação judicial (arts. 1117, I a III; 1118, I a III; 1119 do CPC), até porque, toda comunhão em direito é fonte de desavenças.

Obs. A própria composses é tratada como uma situação provisória, salvo a composses estabelecida legalmente no chamado condomínio horizontal (Lei 4591/64 e CC atual, arts. 1331 e ss.). O chamado condomínio que os titulares das unidades tem em relação ao solo, à estrutura do prédio, o telhado, a distribuição de água, os corredores, a portaria, em que há comunhão do domínio entre todos os condôminos e também composses. Tais partes comuns são insuscetíveis de usucapião em favor de qualquer condômino, nem em favor de terceiros (art. 1331, § 2º). Também insuscetível à posse exclusiva por qualquer deles em regra.

Suprecio é boa-fé, no código italiano.

A jurisprudência, com base na opinião de Clóvis Beviláqua, majoritariamente, tem entendido que é possível a ocorrência de usucapião em favor de um dos condôminos quando este passa a se utilizar com exclusividade, porém, indevidamente, sem autorização da coisa toda e os demais não tomam providência alguma, permanecendo inertes no prazo de consumação da prescrição aquisitiva. A regra aqui é do condomínio ordinário ou comum.

Tem-se discutido muito na doutrina e na jurisprudência qual a posição da companheira face ao imóvel que residia com o companheiro, finda a união estável, inter vivos, ou seja, durante a vida dos companheiros, ou causa mortis, falecendo esse companheiro.

Jurisprudência mais antiga costumava dizer que se a companheira não tivesse sociedade de fato com o companheiro em relação àquele imóvel ou não o tivesse adquirido por força da comunicação do aqüesto, prevista nas leis que regulavam a união estável, ela não era compossuidora e sim mera detentora. Uma permissionária de uso nos termos da parte primeira do art. 497 do antigo CC e 1208 do novo CC.

Não induzem em posse os atos de mera permissão ou tolerância, então, uma vez notificada, ou pelo ex-companheiro ou pelos herdeiros deste, novos possuidores por força da saisina, a sua permanência no bem seria considerada esbulho possessório, sendo cabível a ação reintegratória. Salvo se ela provasse, em ação própria, que era co-proprietária do bem.

Assim sendo, se os companheiros “A” e “B”, formando uma união estável, vivendo em um apartamento, vindo “A” a comprar o apartamento na constância da união. Nas leis 8971/94 e 9278/96 dizem que “B” também é dono, já que houve comunicação dos aqüestos. O mesmo diz o CC no art. 1725.

Art. 1725 do CC: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

Muitas das vezes, o companheiro adquire em nome próprio um bem, mas com a ajuda financeira da companheira. Nestes casos, a companheira teria que entrar com ação a declaratória de união estável, ou, no sistema da súmula 380 do STF, com a ação declaratória de existência de sociedade de fato com base no concubinato.

Modernamente, a tendência do STJ é que por força do mandamento constitucional, art. 226, § 3º, em que devem ser equiparados os direitos concedidos aos cônjuges em relação aos companheiros, havendo união estável, que independentemente da companheira ser titular do imóvel que residia com o companheiro, o uso comum do lar conjugal significa uma composses legítima, justa e essa situação deve ser mantida mesmo finda a união estável, até que pelo menos fiquem esclarecidos ou garantidos os direitos concernentes a essa companheira, inclusive o direito real de habitação, até regular trânsito em julgado (art. 7º da lei 9278/96, parágrafo único que concede esse direito ao companheiro no falecimento do outro, havendo um só imóvel residencial no inventário).

Mesmo que o novo CC não tenha contemplado tal direito, prevalece o entendimento da igualdade constitucional, por força do pensamento doutrinário estampado no enunciado 117 do CEJSTJ, em que tal direito continua no nosso ordenamento jurídico.

O projeto 6960 re-inclui o direito real de habitação no CC.

Enunciado 117: art. 1831 do CC, que só concedeu o direito real ao cônjuge: o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da lei 9278/96, seja em razão do art. 1831 do novo CC, informado pelo art. 6º, caput da CF, que trata do direito constitucional de moradia.

Ementa do acórdão do RE 60919-4 RJ – 1996: “Finda relação de companheirismo, notificou o companheiro a sua companheira para desocupação, entrando com ação de reintegração de posse. Possessória. Manutenção de posse. Concubinato. Composse exercida pela concubina. Finda a união que não torna a posse injusta. Inteligência do art. 488 do CC. Reconhecida a composse da concubina em terreno acrescido de marinha (bem público) o fim do concubinato não é bastante para caracterizar a sua posse como injusta, mesmo que o título de ocupação seja concedido apenas ao companheiro. Inteligência do art. 488 do CC. A posse conservada pela concubina não deve ser vulnerável, pelo menos enquanto não garantidos os direitos que venham a ser definitivamente reconhecidos, com trânsito em julgado, entregando-se os bens em regular partilha”.

Obs: a ação reivindicatória é a ação do proprietário não possuidor contra o possuidor injusto.

Na lei, não é requisito a existência de outro imóvel pela companheira. O direito real de habitação é em relação àquele imóvel possuído.

Aula do dia 02.09.03

Resp. 214.680-SP (Relator Ruy Rosado de Aguiar) – Condomínio – área comum – prescrição – boa-fé – área destinada a corredor que perdeu sua finalidade com a alteração do projeto e veio a ser ocupada com exclusividade por alguns condôminos, com a concordância dos demais – consolidada a situação há mais de 20 anos sobre a área não indispensável à existência do condomínio deve ser mantido o *status quo*, aplicação do princípio da boa fé, *supressio*. A princípio era uma composse perpétua

STJ nesse Acórdão, pelo princípio da boa fé, permitiu que essa área fosse utilizada apenas sobre alguns condôminos, composse.

STJ – Embargos de Divergência- ano de 1999 – marido cobrar alugueres da mulher; após a partilha do casal, marido ficou usando a casa exclusivamente e mulher cobrou alugueres, e o marido aceitou; porque não havia mais a comunhão de mão comum, regime de comunhão de bens virou condomínio comum do CC, permitiu que um cobrasse aluguel do outro, fim evitar enriquecimento indevido, cada condômino deve ao outro o produto da coisa.

Num outro Acórdão, STJ não aceitou isso: “nessa consonância, uso exclusivo do imóvel por um dos cônjuges de imóvel comum do qual tem a posse não dá ao outro cônjuge o direito de exigir a parte que corresponderia à metade da renda de um presumido aluguel; porquanto esse uso o princípio do Direito de Família ele faz *ex pro jure*” – aqui entre nós, se já houve a partilha não há mais o condomínio ou a comunhão de mão comum no regime de bens. Há um condomínio do CCB, apesar de serem cônjuges ainda. (Embargos de Divergência no Resp. 130605-DF / fazer uma pesquisa!).

Posse precária é aquela que a pessoa entrega para outro o contato direto da coisa e pode a qualquer momento pedir de volta a utilização do bem. Nem toda posse direta é precária.

Posse injusta

Art. 1200, nCCB (Art. 489, CCB/1916)

Para se saber o que é posse justa e o que é posse injusta, em primeiro lugar, é preciso deixar bem claro um outro tipo de classificação da posse em posse titulada e posse não-titulada.

Em primeiro lugar título ou título da posse não é propriamente um documento público ou particular e sim a causa ou origem da posse; título é um fato ou um conjunto de fatos do qual uma situação jurídica extrai seu nascimento ou o seu modo de ser; quando se fala em título em direito, o título é um fato que dá origem a uma situação jurídica (não pensar em documento, contrato de locação); toda posse é titulada, ou seja, toda posse tem uma origem, seja através da ocupação ou apreensão da coisa, de maneira legítima, através de um contrato ou por força da lei, seja de maneira ilegítima, contra a vontade do verdadeiro possuidor; a posse do locatário tem como título o contrato de locação e o uso da coisa; a posse do proprietário de bem imóvel, a escritura pública e a conseqüente exploração econômica do imóvel; a posse do invasor tem como título (fato) a própria invasão, mesmo ilegítima; embora toda posse seja titulada, a doutrina costuma dividir tal expressão como **posse juridicamente titulada** (aquela amparada por título jurídico legítimo na forma e na substância, ou seja, uma posse inatacável; tanto tem o *jus possidendi* como o *jus possessionis* – ex.: a posse do proprietário que adquiriu a coisa do verdadeiro dono; locatário que alugou do legítimo dono) e **posse simplesmente titulada** (aquela que é obtida de maneira viciada, ilegítima; tem o *jus possessionis* e não tem o *jus possidendi* – ex: a posse do invasor).

Obs: Quando os Tribunais se referem, nos seus Acórdãos, à posse titulada e posse não titulada estão querendo dizer o seguinte (atecnicamente): para eles posse titulada é aquela amparada em título jurídico legítimo, e posse não titulada aquela obtida sem título jurídico, de forma viciada. – “a posse do réu não é titulada” (significa posse viciada).

Tradução da Súm. 415 do STF: servidão de trânsito não titulada – alguém está passando no caminho de um imóvel alheio há 10 anos – significa uma servidão de trânsito que não tem título jurídico, que não permita a alguém fazer aquela passagem, não houve contrato de servidão, mas tornada permanente (sobretudo pelas obras realizadas; é uma passagem marcada no chão) considera-se aparente e só a servidão aparente induz posse, conferindo direito à proteção possessória;

Assim, **posse justa**, a *contrario sensu* do art. 1200, nCCB, é aquela posse juridicamente titulada, com aquisição legítima através de título jurídico formal e materialmente perfeito, amparada pelo direito, não-viciada, inatacável, como a posse do proprietário perfeito. Se a posse é justa perante todos, não interessa pesquisar se o legítimo possuidor está de boa ou má-fé, se tem justo título ou não para possuir; a posse com justo título ou posse sem justo título, se ela é de boa ou má-fé, só interessa ao operador do direito se a posse for injusta, viciada na origem, sem título jurídico.

Ex: comprei um apartamento, para evitar qualquer tipo de invalidade, tenho que comprar do verdadeiro dono, legítimo, registrar por escritura pública; a posse é juridicamente titulada, perfeita, inatacável, justa.

O art. 1200, nCCB prevê que é justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária, mas nele está faltando alguma coisa.

Posse injusta, a *contrario sensu* do art. 1200, é aquela que está viciada na sua origem pelos chamados vícios possessórios da violência, clandestinidade ou precariedade; porém, além disso, também é considerada injusta toda posse que, apesar de não ter se iniciado pela violência, através da clandestinidade ou maculada pela precariedade, não é amparada por um título jurídico, perfeito na forma e na substância. Se uma pessoa começa a possuir, sem ter se utilizado da violência, da clandestinidade ou sem ter abusado da confiança de outrem ao ter recebido a coisa, temporariamente, e se recusado a devolvê-la quando solicitado, estamos diante de uma posse sem o vício da violência, sem o vício da clandestinidade, sem o vício da precariedade e, mesmo assim, embora o art. 1200 não o diga, é uma posse injusta se o possuidor não tem título jurídico para possuir, se ele não tem o *jus possidendi*, embora tenha o *jus possessionis*.

Ex: alguém, vendo um imóvel aparentemente abandonado, ingressa no imóvel, passa a morar sem algum tipo de permissão do proprietário, sem nenhuma intenção de se esconder do proprietário; nesse caso não houve violência, clandestinidade (às ocultas; intenção de se ocultar tem que ser perante o legítimo possuidor), nem precariedade (em sentido estrito, é quando se recebe um bem de alguém, com obrigação de devolver, e quando se extingue a relação não é devolvido o bem – há abuso de confiança).

STJ – posse injusta não é apenas aquela viciada pela violência, clandestinidade ou precariedade, também é injusta a posse não amparada por um título jurídico; se a pessoa não foi autorizada a explorar a coisa economicamente sem a autorização do titular da coisa, a posse também será injusta, sem título jurídico.

Em suma, a posse será injusta seja pq contém, em si mesma, os vícios possessórios (violência, clandestinidade, ou precariedade), mas, também, aquela que, embora não contenha tais vícios, não está amparada por um título jurídico legítimo, na forma e na substância.

Vício da violência - ocorre quando alguém adquire a posse através da violência física ou da intimidação moral, seja no momento em que apreende ou ocupa a coisa e não há mais resistência do legítimo possuidor ao cessar tal violência (art. 1208, nCCB – início da posse é quando cessa a violência, antes haverá apenas detenção), sendo possível também dizer que haverá posse violenta quando alguém ocupa pacificamente a coisa e instado pelo legítimo possuidor, posteriormente, a desocupá-la, emprega a força física ou intimidação moral para ali permanecer; só haverá posse cessada a violência ou clandestinidade (art. 1208) no momento em que a situação fica pacificada; porém, como a posse se qualifica pelo seu trâmite inicial, ela permanecerá injusta frente ao legítimo possuidor, sendo justa frente aos demais terceiros, pelo princípio da relatividade da posse.

Ex: “A” entra no imóvel de “B”, começa a ocupar; “B”, legítimo possuidor, ao saber tenta reaver o imóvel e é surrado por “A” e vai embora, pacificou a posse e aí ela tem início; essa posse se qualifica pelo início, foi violenta; perante “B” a posse será injusta e perante os demais será justa.

Mais comum é “B” ter a posse e “A” tentar invadir; “B” pode usar a legítima defesa da posse ou o desforço imediato.

Vício da clandestinidade – opera-se quando determinada pessoa, às ocultas, através de artifício ou artil, passa indevidamente a ter poder de fato sobre a coisa alheia, porém, segundo o art. 1208 do nCCB, tal ocupante só terá posse quando cessar essa ocupação clandestina perante o legítimo possuidor, ou seja, quando esse legítimo possuidor, tendo ciência da ocupação, não toma as providências para retomada da coisa de maneira hábil, e a partir daí teremos o início da posse de maneira pública perante todos(o vício da clandestinidade opera-se perante o legítimo possuidor e não perante as pessoas que moram naquele local - princípio da relatividade da posse); há quem afirme na doutrina, até pelo princípio da relatividade da posse, que o vício da clandestinidade é apurado em face do legítimo possuidor que desconhece a ocupação, embora outras pessoas a conheçam.

Princípio da relatividade da posse - o vício da clandestinidade opera-se perante o legítimo possuidor e não perante as pessoas que moram naquele local, outros terceiros.

Vício da precariedade – alguém por convenção recebe a coisa para explorar economicamente, numa relação jurídica temporária, como possuidor direto ou, por vezes até, como detentor; segundo Laerson Mauro, é apurada diferente da posse violenta ou clandestina; aquele que recebeu a coisa temporariamente, finda a relação, seja como possuidor direto ou como detentor, tem o dever de restituí-la ao seu titular, se não o fizer, com evidente abuso de confiança, incidirá o vício da precariedade, caracterizado o esbulho possessório; ou seja, há uma situação jurídica que se iniciou de maneira legítima, justa, em determinado momento, pela precariedade, passa a ser injusta, sendo cabível aqui a utilização dos interditos.

Ex: “A” é possuidor pleno de determinado imóvel; ele desmembra a sua posse, concede a “B” a posse direta (locação, comodato, depósito) e fica com a posse indireta; B tem tanto o *jus possidendi* como o *jus possessionis*, não há que se falar em posse precária; finda a relação jurídica, “B” tem o dever jurídico de restituir a coisa, não o fazendo, nesse momento há o abuso de confiança, nascendo o vício da precariedade, ficando caracterizado o esbulho possessório, tecnicamente aqui existe posse precária, injusta, viciada, ilegítima, que autoriza o interdito de reintegração de posse; é diferente da violência e da clandestinidade, porque nessas o vício está na origem, a ocupação/detenção se inicia com a violência, com a clandestinidade, só haverá posse depois, se a coisa estiver pacificada ou se a situação ficar pública; esta é tecnicamente a melhor maneira de se encarar o vício da precariedade.

Obs: Segundo Silvio Venosa e alguns autores, já há posse precária quando alguém por convenção recebe determinada coisa de maneira imediata (posse direta) para dela se utilizar com o dever de restituir a coisa, finda aquela relação jurídica; haverá, portanto, o precarista, desde logo (o locatário é um precarista, todo possuidor imediato é possuidor precário); porém, o vício da precariedade que caracteriza o esbulho possessório ocorrerá no momento que o precarista instado a devolver a coisa nega-se a fazê-lo, cabíveis os interditos possessórios.

Crítica a Sílvio Venosa: se você diz que o locatário, possuidor imediato, quando inicia a relação jurídica é possuidor precário, e ele também será possuidor injusto, o que é um absurdo; o vício da precariedade ocorre quando a pessoa se recusa a devolver, ou seja, ele põe todo mundo no mesmo saco, toda pessoa que por convenção recebe um bem tem posse precária, seja como detentor, seja como possuidor direto; só que o vício da precariedade naquela posse precária só ocorreria no momento em que acabou aquela relação, pessoa deveria devolver a coisa e não o faz; Professor não concorda é que Silvio diz que o possuidor direto quando inicia a relação jurídica tem posse precária, e isto é um vício – cite-se uma pessoa que faz um contrato de usufruto, terá a posse direta, precária, mas esta precariedade, segundo Silvio Venosa, só se manifestará findo o contrato e a pessoa não devolve o bem. Para o Professor É mais lógico se dizer, como Laerson Mauro, que a posse direta não é precária, é posse justa, legítima, amparada pelo *jus possessionis* e pelo *jus possidendi* se quem concedeu a posse é o legítimo titular da coisa, no momento em que cessa aquela relação, aí é que pode nascer a posse precária se a pessoa se recusar a devolver a coisa.

Obs: A lei do inquilinato prevê que, seja qual for a causa do término da locação, a ação cabível é a de despejo (isto pq, a rigor, a locação só termina quando cessa o prazo e a pessoa te devolve a coisa ou quando o juiz decreta o despejo), mas, em tese, se o locatário findou a relação e não devolve o bem, seria caso de reintegração de posse.

O vício da precariedade em sentido estrito é o abuso de confiança, seja havendo posse direta, seja havendo detenção.

Para Silvio Venosa, haja posse direta, haja detenção, a posse será precária.

Art. 1201, nCCB – posse de boa-fé ou posse de má-fé e suas conseqüências jurídicas.

O Art. 1201 diz que haverá posse de boa-fé se o possuidor ignora o vício ou obstáculo que impede a aquisição da coisa, e o parágrafo único diz que quando um possuidor tem justo título presume-se que ele está de boa-fé numa presunção relativa, ou seja, *juris tantum*, que admite prova em contrário. O fato de ser possuidor de boa ou má-fé é muito importante quando se

estuda o efeito da posse (arts. 1214 a 1222, nCCB). Se a posse é justa ou injusta (art. 1200, nCCB) o operador do direito decide a questão sob o ponto de vista objetivo, verificando se ela tem título jurídico ou não, se está viciada ou não; uma vez decidido que a posse é injusta, não amparada por título jurídico, aí sim, é que se perquire se a posse é de boa-fé ou de má-fé, se há justo título (perfeita na forma e na substância) ou se não há justo título.

A posse de boa ou má-fé é verificada no seu sentido subjetivo, ou seja, como diz o art. 1147 do CC italiano: “é possuidor de boa-fé quem possui, ignorando lesar o direito de outrem, ou seja, aquele que não tem conhecimento da injustiça da sua posse, da presença do vício possessório”.

*

Art. 139, inciso III do nCCB – erro de direito – possuidor acha que tem título jurídico, na forma e na substância, mas não tem. Boa ou má-fé é perfeição subjetiva. Ex. comprei um imóvel e passei a possuí-lo por força dessa compra, porém, não sabia que quem me vendeu não era o verdadeiro dono. Sou um possuidor de boa-fé; ignoro o defeito da minha posse, ocorrido no momento da aquisição.

Clóvis Beviláqua – o erro de direito não anula o negócio jurídico, pois, pelo art. 3º da LICC, ninguém pode ignorar a lei, alegando não conhecê-la. E erro de direito é quando a pessoa se engana pela ignorância ou má interpretação da letra da lei. (pessoa deve se enganar pelas circunstâncias de fato).

Caio Mário – quando você se engana, interpreta mal a lei ou a ignora, se aquilo não implicar em ofensa á ordem pública você pode anular o negócio por erro de direito.

Essa discussão acabou; pode-se, pelo nCCB, art. 139, III, pode-se anular um negócio por erro de fato ou de direito.

Obs: é perfeitamente possível, portanto, que uma pessoa por erro ou ignorância, de fato ou de direito, tenha uma posse injusta, porém, ser possuidora de boa-fé, ou seja, a posse injusta pode ser de boa-fé ou de má-fé, quando alguém possui a coisa e sabe que possui injustamente. Dependendo da condição social do indivíduo, é possível, até mesmo na posse do invasor, normalmente considerada como posse injusta e de má-fé, já que o invasor não ignoraria que está invadindo coisa alheia sem autorização que por rusticidade uma pessoa de poucas luzes possa ser considerada possuidora de boa-fé.

A boa-fé é muito importante para fins de benfeitorias ou acessões, para você obter indenizações, e, também, para o direito de retenção. Ex: um grupo de sem-terra, alguns integrantes inteligentes, outros rústicos, invade uma fazenda, cessa a detenção, não há mais resistência, posse fica pública, cessa a violência. Constroem várias casas. DP que defenda essas pessoas numa reivindicatória, inclusive, naquela do nCCB – direito à aquisição da propriedade quando considerável número de pessoas invade uma propriedade, fica ali cinco anos – o legislador conservador fala em boa-fé para você adquirir aquele direito – art. 1228, parág. 4º - caso Juiz entenda que todo invasor é possuidor de má-fé, a única solução para a DP é apelar para a rusticidade; pessoa é ignorante, de poucas luzes, que foi incitada à invasão, e a boa-fé é um elemento subjetivo que o juiz deve verificar pelo caso concreto – nessa hipótese, as pessoas invadiram pq acham que têm direito à terra – caso você não consiga o direito, poderá requerer o direito de retenção, alegando boa-fé.

Aula do dia 04/09/2003.

Posse titulada: é um fato. É a origem da posse.

Posse não titulada: é a posse titulada juridicamente. Ela tem um título jurídico. Em o ius possidendi e o ius possessionis.

Posse justa: é a posse perfeita e inatacável, que se baseia no direito.

Posse injusta: é a posse não titulada, sem título jurídico, mesmo que a pessoa esteja de boa-fé. O possuidor não tem o direito de possuir, o *ius possidendi*. Somente possui o *ius possessionis*. O sujeito que adquire a posse por um título defeituoso, um contrato nulo, inválido ou ineficaz, e passa a ter o poder de fato sobre a coisa, ele não tem posse justa. Ele tem uma posse injusta. Se ele está de boa-fé ou não é fato diverso.

Se a posse justa é uma posse juridicamente titulada, é uma posse perfeita na forma e na substância, inatacável e inabalável, com todos os requisitos legais, ela é perfeita. Não há de se perquirir se o adquirente estava ou não de boa-fé.

No entanto, quando por algum motivo não há uma posse juridicamente titulada, portanto uma posse injusta, uma posse que ou está viciada na origem pelos vícios possessórios da violência, da clandestinidade ou da precariedade, mesmo nesse caso só há aquisição da posse quando ela ficar pacífica e pública, ou ela é ilegítima pela ausência do título jurídico. É a posse não titulada.

Quando se tem uma posse injusta, seja na forma da aquisição, seja na substância, aí é que interessa se a posse é de boa-fé ou de má-fé. Somente então é que se verá a importância para o usucapião ordinário, para a retenção e para a indenização.

Posse de boa-fé, subjetiva, é uma posse injusta, porém que o possuidor ignora o vício possessório, seja pelas circunstâncias de fato, seja pelas circunstâncias de direito, e muitas vezes sendo pessoa de poucas luzes, por rusticidade, por falta de preparo intelectual ou psíquico.

No direito romano havia uma discussão no sentido de que quanto aos efeitos da posse de boa-fé o possuidor deveria ignorar o vício possessório ou o obstáculo para possuir legitimamente durante todo o tempo que possuir, o que é importante tanto para o usucapião ordinário quanto para a indenização e retenção ou seria possuidor de boa-fé contando apenas com a ignorância da situação no momento da aquisição.

No Brasil, hoje pelos art. 1201, parágrafo único, e principalmente pelo art. 1202, é perfeitamente possível que alguém inicie uma posse de boa-fé no sentido subjetivo e no decurso dessa posse venha a se tornar pelo conhecimento da situação em possuidor de má-fé. Observe-se que para o usucapião ordinário, art. 1242, parágrafo único, é requisito indispensável a prova de que a boa-fé perdurou durante todo o período da posse ad usucapione. O mesmo se diz quanto ao direito às indenizações e retenção, quanto às benfeitorias necessárias e úteis que serão cabíveis se feitas durante o período de boa-fé (art. 1219). Esclarecendo o art. 1220 que, se feitas no período de má-fé, não haverá direito de retenção, somente possível a indenização das benfeitorias necessárias realizadas naquele período.

Boa-fé objetiva é aquela em que as partes devem ter antes, durante e depois da realização do negócio, procurando preservar a intenção que foi realizada naquele negócio jurídico.

O art. 1202 do novo CC, antigo art. 491, diz que a posse de boa-fé transforma-se em posse de má-fé a partir do momento em que o possuidor, pelas circunstâncias do caso concreto, venha a demonstrar que ele sabe que está possuindo indevidamente.

A jurisprudência costuma dizer que isso ocorre especialmente quando o possuidor é citado ou notificado pelo interessado, seja na ação petítória, seja na ação possessória, ou no aviso anterior à propositura da demanda.

Isso ocorreria mesmo que o possuidor, depois de avisado, continuasse achando que sua posse é legítima. Ao contrário do que diz Pontes de Miranda, que afirma que nessas

circunstâncias pode haver e nem sempre haverá a mudança da posse de boa-fé para posse de má-fé.

No fundo acaba prevalecendo a posição de que a notificação acarreta mudança do título da posse. Na prática, se “A” compra um imóvel de “B”, sendo que este não era o verdadeiro dono, trata-se de alienação a non domino. Mesmo que feito por escritura pública e registrada no RGI, ele não possui o *ius possidendi*. É a posse injusta com justo título e boa-fé.

“A” edifica no imóvel. O verdadeiro dono entra com ação reivindicatória. Na hora da citação, “A” fica ciente que sua posse é injusta.

A partir da ciência, só será indenizada a benfeitoria necessária.

Art. art. 1201, parágrafo único: posse com justo título: repete o art. 490 do antigo CC, diz que o possuidor com justo título tem por si uma presunção de boa-fé, embora relativa, *iuris tantum*, cabível, portanto, a prova em contrário, salvo quando a lei não permitir tal presunção. Portanto, uma posse injusta pode derivar de um justo título ou não.

O justo título tanto pode ser para a posse quanto para a aquisição da propriedade por usucapião. Então, só cabe discutir justo título se a posse for injusta.

Posse injusta com justo título é aquela posse que deriva de uma causa que se fosse verdadeira, legítima, seria perfeita para a aquisição da posse, para a aquisição da propriedade ou direito real menor ou direito real de gozo, ou seja, o justo título tem a aparência do bom direito. Ele é um título perfeito na forma, porém, ineficaz ou inválido na sua substância, um defeito substancial que em concreto impede o legítimo apossamento da coisa.

Em suma, um título perfeito na aparência, defeituoso na substância.

Ex:

Alguém compra um imóvel ou recebe uma doação de um imóvel através de escritura pública, perfeita na forma, qualificação das partes, metragem do imóvel, valor que obriga a escritura pública (art. 215 c/c 108 do novo CC). Conseguindo o devido registro e através desse título tomou posse do bem. No entanto, o alienante não era o verdadeiro dono da coisa. A alienação é ineficaz em relação ao verdadeiro proprietário (art. 1268 do CC).

Temos aqui um título perfeito na aparência, na forma, porém inválido na sua substância, maculando a posse do adquirente, que é uma posse injusta, porém calcada em justo título, presumida a boa-fé do adquirente.

Justo título apenas para a posse: nos casos de contrato de locação de uma pessoa que não é dona, tendo como locador um possuidor injusto e como locatário também um possuidor injusto. O contrato de locação é um justo título. Nos casos de ataque de terceiros, há o princípio da relatividade da posse, sendo justa para terceiros.

Alguém aluga determinado imóvel sem ser dono da coisa, nem estando autorizado para tanto pelo verdadeiro titular. O contrato de locação com terceiro está perfeito na forma, porém é inválido na substância, tendo em vista que haverá posse injusta perante o titular da coisa.

O professor Orlando Gomes dá exemplos e diz que haverá justo título desde que a forma seja perfeita nas seguintes hipóteses:

I – Quando alguém pretende adquirir direito real ou direito pessoal que induzam à posse, e o alienante não é o verdadeiro dono da coisa. Seria a chamada aquisição a non domini.

II – O alienante é o verdadeiro dono da coisa, porém, no momento da transmissão não tem o poder de dispor, seja por incapacidade, seja porque a coisa está fora do comércio, por exemplo, gravada de cláusula de inalienabilidade.

III – O erro no modo de aquisição também pode levar a um justo título com presunção de boa-fé do adquirente.

Obs: a jurisprudência tem entendido que os incapazes, nos casos de loucura, desde que não haja aparência de louco, chamado de louco natural, não interdito, deve prevalecer a boa-fé do negócio jurídico.

Para o Professor Luis Roldão, se a alienação for nula, mesmo perfeita na forma, não haverá justo título, somente se anulável. Isso ocorreria autorizando-se o usucapião.

Ex: a compra de um doido com boa-fé, que após 10 anos alega em defesa o usucapião. Para o professor, a nulidade fere a ordem pública, não havendo justo título.

Crítica: o ato anulável se cura com o tempo no prazo de decadência, não havendo necessidade de usucapião.

Para efeito de usucapião ordinário o Professor Caio Mário defende a tese condenada por alguns que para a existência de justo título não é preciso, tratando-se de imóvel, que ele esteja registrado no RGI, ou seja, o registro é desnecessário. Para a sua caracterização basta que formalmente o título esteja perfeito na aparência embora inválido na substância.

Posse injusta sem justo título: é aquela que não está ligada a qualquer cauda pertinente, seja substancialmente, seja abstratamente, ou seja, o título nem mesmo em tese está perfeito para aquisição do direito almejado.

Ex: aquisição de um imóvel por mero recibo. A existência de um legado havendo morte do autor da herança por uma simples carta, que não pode ser caracterizada como testamento.

Justo título é aquele que em tese é hábil para aquisição do direito real ou da posse, porém é substancialmente inválido.

Em relação ao art. 1203 do novo CC, antigo art. 492, o legislador diz que salvo prova em contrário entende-se manter a posse com mesmo caráter com que foi adquirida. O que o legislador que dizer é que em princípio, se a posse se iniciou com uma determinada classificação, ou seja, plena, direta ou indireta, justa ou injusta, sendo injusta, de boa ou de má-fé, com ou sem justo título, essa posse em princípio, salvo se houver prova em contrário, permanece com a mesma classificação. Não pode haver mudança do título da posse, da causa possessionis, até porque, como diziam os romanos, ninguém pode mudar unilateralmente o caráter de sua posse. Desse modo, desde que haja prova em contrário, é possível que ocorra o fenômeno da **inversão** ou **intersversão** do título da posse.

Conversão da posse direta em ad usucapione.

É possível que haja mudança da causa da posse no decurso desta, quando por exemplo alguém que é possuidor direito como o locatário vem adquirir a coisa locada com o proprietário, seja por ato inter vivos, seja por ato causa mortis. A posse direta passa a ser uma posse plena de propriedade.

Ex: Intersversão do título da posse.

A questão mais importante, no entanto, seria a possibilidade de alguém que inicia uma posse apenas ad interdicta, ou seja, protegida pelos interditos, já que toda a posse é ad interdicta, que posse transformá-la também em posse ad usucapione, aquela que permite sua transformação em propriedade ou outro direito real usucapível. Sabemos que nem toda posse é ad usucapione.

O antigo art. 168, IV do CC, que não foi recepcionado pelo novo código, já que estava situado em local errado, estava a nos dizer que um possuidor direto, enquanto permanecesse nessa situação jurídica, só teria posse ad interdicta e não posse ad usucapione, pois mesmo que quisesse no seu íntimo transformar-se em dono, o ordenamento jurídico não o permite por dois motivos: sabe que finda a relação essencialmente temporária, deve restituir o uso da coisa ao seu titular; em segundo lugar, reconhece ao possuidor indireto a titularidade sobre a coisa.

Aula do dia 09/09/2003.

Art. 168, IV do antigo CC:

“Não corre a prescrição:”

“IV – Em favor do credor pignoratício, do mandatário, e, em geral, das pessoas que lhes são equiparadas, contra o depositante, o devedor, o mandante e as pessoas representadas, ou seus herdeiros, quanto ao direito e obrigações relativas aos bens confiados à sua guarda”.

O art. 168, IV do Código de 1916 sempre foi considerado pela doutrina como um artigo referente não à prescrição extintiva e sim ao usucapião ou prescrição aquisitiva e o que o legislador quer dizer é o seguinte: se uma pessoa tem posse direta, ele sabe que tem o dever de restituir a coisa, finda a relação jurídica temporária, ao possuidor indireto. Se ele não o fizer, incorre no vício da precariedade enquanto não for realizada a mudança da causa da posse, ele não tem posse ad usucapione e sim apenas posse ad interdicta não podendo se tornar dono da coisa possuída, mesmo que fique com ela pelo prazo suficiente previsto em lei conducente ao usucapião.

O que a lei quer dizer é que o possuidor direto, enquanto considerado possuidor direto, mesmo que queira, não tem animus domini. E se não tem animus domini, requisito essencial para o usucapião, não pode se tornar proprietário da coisa possuída. O legislador não quer que o possuidor direto tenha posse ad usucapione. Contraria a essência da obrigação de restituir o bem.

Ex: “A” pede empréstimo a “B”, que pede a garantia do penhor, fincando com um anel de “A”. Esta, na data aprazada, paga. Só que o credor pignoratício fica com o anel. Pelo código antigo, o prazo de bem móvel era de 3 anos (art. 618). Em termos de propriedade, o “A” é o proprietário do anel que deu em penhor a “B”. Em termos de posse, o credor pignoratício tem posse direta, enquanto “A” tem posse indireta. Passados quatro anos, “A” se lembra do anel dado em garantia. Solicita-o a “B” que alega o usucapião. Para evitar esse tipo de situação, o legislador colocou, em lugar errado, o art. 168, IV.

A propósito, o professor Silvio Rodrigues entende de maneira veemente, o que é aceito por parte da jurisprudência, a posição de que se a posse se iniciou como posse direta, se o possuidor direto não restitui a coisa no momento aprazado, haverá posse precária que jamais pode se convalidar, que jamais se transformará em posse ad usucapione (art. 1208 do novo CC e art. 497 do antigo CC) em que o legislador só permite a posse violenta ou clandestina capaz de ser protegida e iniciada cessada a violência ou a clandestinidade.

O vício da precariedade, para o professor Silvio Rodrigues, jamais se convalida.

No entanto, parte da doutrina e da jurisprudência, até por força do art. 1203 do CC, que repetiu a redação do art. 492 do antigo CC, o próprio legislador brasileiro admite a possibilidade da mudança da causa da posse. A inversão ou interversão do título da posse, não só feita pelo titular da coisa, em relação ao possuidor direto, quando, por exemplo, o dono vende a coisa para o locatário, como também admite essa interversão por força da oposição feita pelo possuidor direto, de modo aberto e inequívoco, contra o possuidor indireto, demonstrando que a partir de determinado momento, por atos materiais ou judiciais, passa a possuir plenamente, embora de modo injusto, e não reconhece o direito do possuidor indireto.

I - O primeiro movimento para a interversão da posse são atos materiais ou judiciais que demonstrem que o possuidor direto passa a ser possuidor pleno e não reconhece mais o direito do possuidor indireto;

II – O segundo requisito é a inércia do titular da coisa.

Se ocorrer esses dois fatos, uma posse que estava desmembrada e que havia um possuidor direito apenas com posse ad interdicta e não ad usucapione. A partir desse ponto,

constatado no caso concreto, a posse do possuidor direto passa a ser plena, admitindo o usucapião.

O usucapião vai se consumir com o decurso do prazo legal.

O CC italiano, no seu art. 1164 diz: “Interversão da posse: quem tiver a posse correspondente ao exercício de um direito real sobre coisa alheia, não poderá usucapir a propriedade da própria coisa se o título da sua posse não for mudado, por causa proveniente de um terceiro ou por força da oposição por ele feita contra o direito do proprietário. O tempo necessário para o usucapião corre da data em que o título da posse for mudado”.

Art. 1265 do CC Português: “a inversão do título da posse pode dar por oposição do detentor do direito contra aquele em cujo nome possuía ou por ato de terceiro capaz de transferir a posse”.

Caso: “A” alugou uma casa a “B”. “B” nunca pagou aluguel. Cercou, construiu, fez benfeitorias, ficando nessa situação por 30 anos. “A” morre. Aberta sucessão, os herdeiros entram com uma ação reivindicatória. Súmula 237: usucapião como defesa. Há interversão do título da posse.

Ainda na classificação da posse, a doutrina distingue a posse natural, que é aquela que se constitui pelo exercício do poder de fato sobre a coisa, através da efetiva apreensão e utilização da coisa possuída, e a posse civil, que é aquela que alguém adquire por força da própria lei, sem necessidade alguma de apreensão do bem ou de atos físicos ou materiais sobre a coisa.

A posse do herdeiro, pela saisina (art. 1784 do novo CC), no momento do falecimento do autor da herança é exemplo de posse civil.

Outro exemplo de posse civil é a posse adquirida através do constituto possessório ou da cláusula constituti, que é modo de tradição consensual de aquisição e perda da posse por acordo entre o transmitente e o adquirente mencionado no art. 494, IV do antigo CC, que não foi recepcionado pelo novo CC.

A origem do constituto possessório decorre de Roma, em que a transmissão da posse era um ato muito formal, que deveria haver o contato físico. Para acabar com tal fato, os romanos criaram tal instituto.

- DA AQUISIÇÃO DA POSSE (ART. 1204 A 1209 do CC).

O art. 1204 do novo CC, baseado no parágrafo 854 do BGB, de maneira técnica, diz que a posse é adquirida a partir do momento que se torna possível a alguém, pessoa física ou jurídica, o exercício em nome próprio de qualquer dos poderes inerentes à propriedade, ou seja, quando alguém tem conduta de dono em relação à coisa própria ou alheia, que pressupõe autonomia e estabilidade em aquisição unilateral ou bilateral, inter vivos ou causa mortis, de maneira lícita ou ilícita, suprimida a criticada redação do art. 493, parágrafo único do CC de 1916, absolutamente inútil, com base na teoria subjetiva da posse.

O art. 1205, antigo art. 494, diz que a posse pode ser adquirida:

- I- Pela própria pessoa que a pretende;
- II- Por seu representante, ou procurador (representante legal, em se tratando de incapaz, especialmente os absolutamente incapazes, sem capacidade de entender e querer ou representante material, através de mandatário);

Segundo Moreira Alves, seja a criança, seja o louco, não tendo discernimento nem maturidade, só pode adquirir a posse através de representante, se absolutamente incapaz, ou, relativamente incapaz, junto com o assistente, seja através de negócios jurídicos, seja materialmente.

Para Caio Mário, a capacidade que se exige para aquisição da posse é uma capacidade meramente natural e não jurídica, salvo se a aquisição se der contratualmente, ou seja, uma criança absolutamente incapaz ou um adolescente, desde que tenha certo discernimento, pode ser possuidor, e nesse sentido o escolar possui os cadernos de aula, a criança de certa idade possui seus brinquedos.

Para Pontes de Miranda, o louco pode ser possuidor, desde que tenha certo discernimento.

Wilson Marques, em caso em que um absolutamente incapaz, que começou a possuir com 13 anos até a idade adulta, só contou o prazo para usucapião a partir do momento em que atingiu a maioridade relativa, entendendo que antes, para se adquirir por usucapião, é necessário ter o animus domini, que é um elemento subjetivo fundamental, e como a lei o exige, ele só adquiriria tal ânimo com a maioridade relativa.

Para o usucapião, a questão se complica ainda mais porque não basta apenas o animus possidendi, que é a intenção de explorar a coisa e manter-se a ela vinculado, mas também o animus domini, que além da conduta de dono, significa a prova, o elemento subjetivo da intenção de transformar-se em dono da coisa.

• CONSTITUTO POSSESSÓRIO.

O inciso II do art. 1205 admite a aquisição da posse por um terceiro, sem mandato, ou seja, um gestor de negócio que pretende adquirir a posse em nome de outrem, porém, neste caso, isto só ocorrerá se houver ratificação, com eficácia retroativa ao momento da aquisição.

Tal artigo não fala no constituto possessório.

Embora o novo código não traga o constituto possessório como modo de aquisição e também perda da posse, o projeto 6960 de 2002 traz o constituto possessório como modo de tradição ficta de maneira consensual para tanto, e também o enunciado 77 do CEJSTJ afirma que ele continua a existir no direito brasileiro. Até porque é um modo extremamente útil de permitir a alguém adquirir posse de determinada coisa através de uma cláusula contratual sem nunca ter tido poder de fato sobre a coisa objeto do negócio.

Conceito: constituto possessório é um modo de tradição ficta da posse feita de maneira consensual, ou seja, através de um acordo entre o transmitente e o adquirente, podendo referir-se a bem móvel ou imóvel e faz com que o adquirente que nunca possuiu a coisa venha, o momento do contrato, tornar-se possuidor e o transmitente, que possuía a coisa em nome próprio, tornar-se naquele momento um detentor jurídico (primeira corrente) possuindo a coisa em nome do adquirente (art. 1198 do CC).

Para uma segunda corrente, mantém-se na coisa o transmitente com possuidor direito, nos casos, por exemplo, em que vende seu imóvel e continua a ocupá-lo como locatário, comodatário etc. passando o adquirente a ser possuidor indireto.

O parágrafo único do art. 1267 do CC trata do desmembramento da posse pela cláusula constituti.

Obs: o constituto possessório não se presume. Deve configurar no contrato, que tenha por objeto direito real ou até direito pessoal, de maneira clara. Alguns não admitem a mera forma tabelioa.

A grande vantagem do constituto possessório é que torna o adquirente, sem contato material com o bem, um possuidor pleno ou indireto no momento do contrato, podendo, pois, se o bem não lhe for entregue da maneira aprazada ou até contra terceiros, valer-se da proteção possessória através dos interditos ou das ações afins, segundo a jurisprudência predominante no STJ.

A tradição é modo de aquisição de propriedade de bem móvel. Essa regra está no art. 620 e 621 do CC de 1916.

Hoje está no art. 1267, parágrafo único do novo CC.

A primeira função da tradição, na tradição, que significa a entrega do tradens para o accipiens, é a transmissão da propriedade do bem móvel.

A segunda função, quando ocorrer um fenômeno chamado nuda traditio, é transferir a posse do bem móvel ou imóvel. Nuda traditio significa que a intenção do transmitente e do adquirente é apenas transferir posse.

São duas funções.

Ex: “A”, proprietário e possuidor pleno. “B” comprador. “A” vendedor. Imóvel com valor acima de 30 salários mínimos (art. 108 do CC).

A propriedade só vai se transferir com o registro no RGI.

Colocando-se a cláusula constituti, no momento da assinatura do contrato de transmissão da propriedade, o comprador torna-se possuidor, por ficção jurídica.

Para alguns, “A” que era possuidor pleno, passa a ser detentor, pois possui em nome do adquirente, sendo que “B” se torna possuidor pleno. A base é a teoria objetiva de Ihering.

Para outros autores, dependendo do caso concreto, haverá é a posse direta e a posse indireta.

Obs: a cláusula constituti, ou constituto possessório é tão importante que se não ficar clara no negócio jurídico significa que o adquirente não será considerado possuidor e se a coisa não lhe for entregue no momento aprazado, esse adquirente não pode se valer das ações possessórias, no caso, reintegração de posse contra o transmitente e para obter a coisa a título de dono terá que ingressar com ação petítória, uma vez registrado o seu contrato no RGI.

Imissão de posse: hoje não está na lei, mas a doutrina admite, porque estas ações têm por finalidade principal, petítórias, que em princípio servem para tutelar o direito real de propriedade, e nunca foi considerada possessória, embora o CPC antigo assim estipulasse, tem como principal finalidade tutelar a propriedade, com efeito reflexo na posse, sobre o ius possidendi.

Há alguma diferença entre reivindicatória e imissão de posse?

Há quem entenda que não há diferença, haja vista que tudo é rito ordinário com o pedido de entrega da coisa.

Há quem entenda que há diferença, já que na reivindicatória o direito é de restituição, pressupondo a posse antes, perdendo a mesma, mas que não quer utilizá-la, com base na seqüela. É a ação de um proprietário não possuidor contra o possuidor injusto.

Assim sendo, a ação reivindicatória é a ação do proprietário que teve a posse, perdeu injustamente e quer a coisa restituída.

Já a ação de imissão de posse é a ação de um proprietário que nunca teve a posse e tem o direito a tê-la, ou seja, tem o ius possidendi. O réu é o possuidor ou detentor injusto.

A indicação do detentor no pólo não é um absurdo, haja vista que não é notório e existência de detenção ou posse. Cabe ao detentor nomear a autoria. O proprietário não é obrigado pesquisar tal fato.

Aula do dia 11/09/2003.

Enunciado 77, art. 1205 do CC: a posse das coisas móveis e imóveis pode ser adquirida pelo constituto possessório.

O constituto possessório também pode ser usado em relação a direitos pessoais que induzem posse. Nada impede que em um contrato de locação se use o constituto como cláusula, assinado o contrato, passa o locatário a ter o ius possessionis, podendo exigir através dos interditos o exercício da posse.

Obs: nos casos de locação em que não há a cláusula constituti, a ação cabível poderá ser a execução do art. 621 do CPC (entrega da coisa). Há entendimentos de que poderá haver imissão de posse.

É perfeitamente possível inserir-se o constituto possessório em um contrato translativo de direito de propriedade, de outro direito real menor, como o usufruto, e também quando o objeto do negócio for um direito pessoal que induza posse.

Se o objeto do negócio for um bem móvel e se a intenção das partes for transferir a propriedade da coisa, a existência do constituto possessório no contrato translativo equivale à tradição da coisa, portanto, transfere não só a posse como também a propriedade do bem (art. 620 do CC de 1916 e 1267, parágrafo único do novo CC).

Obs: o STJ firmou jurisprudência sob o império do código de 1916 que é perfeitamente possível que a aquisição da posse se dê pelo constituto possessório mesmo que o adquirente nunca tenha exercido anteriormente atos materiais efetivos sobre a coisa (RESP 21125MS).

O RESP 143707RJ, 4ª Turma: civil. Posse. Constituto possessório. Aquisição ficta. Art. 494, IV. A aquisição da posse se dá também pela cláusula constituti inserida em escritura pública de compra e venda de imóvel o que autoriza o manejo dos interditos possessórios pelo adquirente, mesmo que nunca tenha exercido atos de posse direta sobre o bem. O esbulho se caracteriza a partir do momento em que o ocupante do imóvel se nega a atender ao chamado da denúncia do contrato de comodato, permanecendo no imóvel depois de notificado. Ao ocupante do imóvel que se nega a desocupa-lo após a denúncia do comodato pode ser exigido a título de indenização o pagamento de aluguéis bem como de encargos que recaiam sobre o mesmo, sem prejuízo de outras verbas a que fizer jus.

Já que a posse pode ser adquirida pela tradição, que significa a entrega da coisa móvel ou imóvel com a intenção de transferir posse (nuda traditio), essa tradição pode ser real, material ou física, aquela que corresponde à antiga visão do instituto, ou seja, a coisa de fato entregue materialmente ao adquirente como, por exemplo, ocorre nos bens móveis de pequeno volume.

Porém, nem sempre é possível que ocorra a transferência física da coisa ao adquirente, principalmente em se tratando de bens móveis de volume que não se possa carregar ou se tratando de bens imóveis quando modernamente não é mais costume a realização da traditio longa manu, tradição em que se precisa estender a mão, usada no direito romano primitivo quando era necessário para alguém tomar posse de uma área colocar os pés sobre ela e olha-la em toda a sua extensão. Nestes casos prefere-se a utilização da tradição ficta, ou simbólica, consensual ou legal, onde não há a entrega física da coisa ao adquirente e sim fatos, inclusive legais, que representam tal entrega.

Na tradição ficta simbólica, o ato transmissivo da posse não decorre com a entrega da própria coisa e sim de bens representativos dessa coisa, como é comum acontecer na entrega das chaves de um automóvel ou até as chaves de um imóvel, seja na transferência do domínio, seja apenas na transferência da posse.

A outra tradição ficta, a consensual, é aquela em que o acordo de vontades substitui a tradição real, seja pelo constituto possessório, seja por vezes pelo **contrato de cessão de**

posse, muito utilizado, especialmente quando alguém não é dono da coisa, porém é possuidor e uma outra pessoa pretende para si a posse ou apenas ad interdicta ou apenas ad usucapione.

Quem está transferindo a posse chama-se cedente, quem está recebendo a posse é o cessionário.

Há quem entenda que, como a posse seria um direito real, para que o contrato de cessão de posse pudesse produzir efeitos entre cedente e cessionário, se o valor for superior ao mínimo legal, que haveria necessidade de escritura pública (art. 108 do CC).

Outros entendem, no entanto, que sendo discutida na natureza jurídica da posse, se ela é um fato ou um direito, sendo um direito pessoal ou real, que não há necessidade de escritura pública para que a cessão de posse produza efeitos. Sendo pacífico que esse contrato não é registrável no RGI (art. 167 e incisos da lei 6015/63, que trata dos contratos que devem ser registrados).

Finalmente, temos como tradição ficta da posse, a chamada tradição legal, que se opera por força da própria lei independentemente de atos físicos do adquirente sobre a coisa, e como exemplo principal da tradição ficta legal temos a saisina (art. 1784 do novo CC), quando no momento da morte o herdeiro legal ou testamentário passa não só a ser dono dos bens do espólio como também possuidor. Havendo mais de um herdeiro, estabelece-se uma composses entre eles no momento da abertura da sucessão, além de um condomínio hereditário e qualquer dos herdeiros pode sem autorização dos demais valer-se das ações possessórias contra terceiros e até entre eles que estejam possuindo indevidamente bens do espólio.

O direito sucessório é bem imóvel para efeitos legais (art. 80, II do CC) independentemente do tipo de bens que compõe o espólio, sejam eles móveis ou imóveis e a herança é coisa indivisa até a partilha.

Coisa indivisa é a coisa divisível ou indivisível que permanece, mesmo podendo ser fracionada, sem dividir-se por determinado período e no caso de herança, até a partilha ou adjudicação.

“A” é autor da herança. Tem em seu patrimônio dois apartamentos, um carro e um milhão em ações do Banco do Brasil. “A” por sua vez, viúvo, tem filhos: “B”, “C” e “D”. “A” morre. Os filhos não precisam abrir inventário para se tornarem bens do autor da herança (art. 1784 do CC).

No direito romano, havia o chamado “agnatio” que era o a proteção que tinham todos que viviam sob poder do “pater”. Justiniano acabou com tal proteção, passando a existir apenas o “cognácio” onde o grau de proteção se estendia apenas aos parentes de sangue. A “Saisina” vem do direito alemão, na idade média. Os servos que viviam em volta do castelo, ao morrerem, não era preciso transferir a posse exercida por eles aos seus herdeiros. Ela ocorria naturalmente pela saisina.

O art. 1580, parágrafo único do antigo CC, não reproduzido no atual CC, diz o seguinte: “qualquer dos co-herdeiros pode reclamar a universalidade da herança ao terceiro, que indevidamente a possui, não podendo este opor-lhe, em exceção, o caráter parcial do seu direito dos bens da sucessão”.

O art. 1784 do novo CC deve ser estudado em conjunto com o art. 1206 e 1207 do mesmo código. Antigos artigos 495 e 496, que dizem que a posse é transmitida aos herdeiros ou legatários do possuidor com as mesmas características que tinha nas mãos do antecessor, ou seja, se ela era plena, continua plena, se era de boa ou de má-fé, assim permanece, justa ou injusta, do mesmo modo. Como regra geral, tendo em vista o princípio do art. 1203, de que a posse mantém o mesmo caráter com que foi adquirida.

O art. 1207, que é o artigo que permite o *acceccio possessionis*, ou seja, a possibilidade da soma das posses do antecessor ao novo adquirente. No entanto, ele é *peremptório* no sentido de que o sucessor universal, ou seja, o herdeiro legal ou testamentário,

obrigatoriamente tem que unir à sua posse a posse do falecido (sucessão na posse), sendo uma posse derivada, recebida com os mesmos vícios ou características. Já o sucessor singular tem a mera faculdade de, querendo, unir à sua posse a posse do antecessor, inclusive para efeitos de usucapião, na chamada união de posse. Se ele ao quiser fazer essa união, inicia uma nova posse purgando, segundo a doutrina, os vícios anteriores que a maculavam. Se isso não ocorrer, continuará a existir o vício possessório e todas as características da posse primitiva continuarão a subsistir.

Obs: herdeiro é aquele que recebe como titular a universalidade de direito denominada herança no todo ou em parte, sem determinação, nesse caso, ou individualização do quinhão hereditário correspondente. O herdeiro é o único sucessor universal a título gratuito. A **doação universal** é proibida no art. 548 do CC. A **doação inoficiosa** é a do art. 549.

A única transmissão gratuita de todo o patrimônio de alguém que pode ser admitida é a sucessão hereditária. O herdeiro é um continuador das relações jurídicas do falecido. Ou ele recebe toda a herança, ou um quinhão não determinado, não individualizando os bens. A partilha é que vai individualizar os bens. Ele não pode optar em não somar a posse do antecedente.

O sucessor singular é que tem a faculdade de querendo unir a sua posse à posse do antecessor. Não há dúvida de que esse é sucessor inter vivos a título singular. Aquele que em vida adquire bens individualizados, seja a título gratuito, seja a título oneroso.

Obs: em termos de direito sucessório, legatário é aquela pessoa física ou jurídica que através de testamento ou codicilo recebe por morte do autor da herança bens singularizado, desde logo individualizados no momento da morte do hereditando, desde que o codicilo ou testamento seja válido, sendo sucessor a título singular.

Segundo Beviláqua, quando a lei fala que o sucessor universal tem que unir a sua posse à posse do antecessor, estaria se referindo tanto ao herdeiro quanto ao legatário, já que ambos são sucessores causa mortis. Porém, essa opinião é minoritária, pois tecnicamente sucessor singular é sucessor singular embora causa mortis também o legatário.

Ao receber a posse do bem legado, tal como sucessor singular inter-vivos pode ou não realizar a união possessória.

Obs1: embora a lei diga que no momento do falecimento a propriedade e a posse são transferidas do falecido imediatamente, sem necessidade de qualquer formalidade aos herdeiros legais ou testamentários, se o intérprete verificar que no momento da morte o autor da herança não era possuidor, tendo em vista o princípio de que ninguém pode transferir mais direitos do que tem, esses herdeiros não serão possuidores e se algum dia o antecessor o foi e perdeu a posse injustamente, só transferirá aos seus sucessores o direito de obter a restituição da coisa.

Os herdeiros serão proprietários não possuidores, caso o pai nunca teve a posse. Os herdeiros, para obterem a posse deverão intentar a ação de imissão de posse.

Aula do dia 16/09/2003.

Todo bem imóvel é infungível.

Posse do legatário. No nosso direito a regra do parágrafo primeiro do art. 1923 do CC e parágrafo único do art. 1690 do CC de 1916 é que no momento da morte do autor da herança o legatário pode ser proprietário da coisa legada, tem direito aos frutos que a coisa produzir, porém não é possuidor, já que a posse da herança é dos herdeiros e desse modo esse legatário,

não tendo posse, não pode se valer das ações possessórias e das ações afins aos interditos possessórios já que tal atitude compete aos herdeiros.

Em caso de ocorrer a possibilidade de terceiro estiver em vias de adquirir a propriedade por usucapião de bem do legatário, havendo inércia do herdeiro, aquele poderá interromper a prescrição aquisitiva, nos termos do art. 1244 do CC.

Embora não tendo posse, o legatário, no legado puro, é proprietário da coisa legada e segundo Washington de Barros, pode ajuizar as ações petitórias para obter a entrega da coisa que está sendo possuída injustamente por terceiro. Nesse caso, não fere à lei, já que não tomaria a posse por autoridade própria e sim judicialmente no exercício do *ius possidendi*.

A doutrina entende que o momento adequado para o legatário requerer a posse da coisa aos herdeiros ou ao herdeiro onerado (aquele que tem o dever imposto pelo testador de satisfazer o legado) é por ocasião do trânsito em julgado da partilha ou da adjudicação, pois nesse momento o inventário está pacificado e as eventuais oposições ao testamento já estão resolvidas.

Se os herdeiros se recusarem a entregar os bens do legatário, o Juiz poderá determinar a entrega ou, ou se entender que o caso é de alta indagação, determinará que o legatário se valha das vias ordinárias. O juízo do inventário é universal, **devendo decidir todas as questões que digam respeito aos bens do espólio (art. 984 do CPC)**, salvo a investigação de paternidade cumulada com petição de herança, que no Rio de Janeiro pertence à Vara de Família. Feita a partilha os herdeiros devem entregar os bens do legatário. Não ocorrendo, o legatário deverá propor a ação de entrega de legado.

Nada impede, no entanto, dos herdeiros onerados, antes da partilha, venham a entregar a coisa legada ao legatário, imitando-o na posse. Porém, se fizerem isso espontaneamente, a doutrina entende que estariam renunciando a possibilidade de no futuro impugnarem o legado.

No entanto, como posse é essencialmente um estado de fato, independentemente da divergência quanto à sua natureza jurídica, é possível que no caso concreto, no momento do falecimento do testador o legatário já esteja na posse da coisa e desse modo, sendo possuidor, cabe defender a coisa também através das ações possessórias, havendo aqui no momento da morte um exemplo da *traditio brevi manu* (há mudança do título da posse, inverso do constituto possessório), ou seja, tradição sem precisar estender a mão, se ele até aquele momento fosse um possuidor direto, como um locatário, comodatário, havendo também nessas hipóteses a mudança do título da posse, pois o possuidor direto passa a ser possuidor pleno como proprietário.

O CC de 1916, no art. 507 e 508, nos dava a idéia da chamada posse nova e posse velha e também da ação possessória de força nova e força velha, no art. 523 e parágrafo único. O novo CC preferiu deixar estes conceitos para o direito processual, especialmente no art. 924.

Posse nova é aquela existente a menos de ano e dia. Posse velha é aquela existente a mais de ano e dia. Porém, a ação possessória de força nova é aquela intentada no período anterior a um ano da turbação ou esbulho, independentemente de a posse ser nova ou velha, ou seja, se “A” é possuidor de um terreno há dois anos, tem posse velha, no entanto, sofreu esbulho possessório de “B” que invadiu esse imóvel e passou sobre este a ter conduta de dono, pacificada a relação há três meses atrás. Temos uma posse velha, porém “A” tem direito a propor uma ação possessória de força nova, já que o esbulho tem menos de ano e dia (art. 924, primeira parte).

Na ação de força nova cabe a obtenção de medida liminar nos termos do art. 928 do CPC, em que o Juiz concede a proteção possessória sem ouvir o réu, ou então determina a audiência de justificação de posse. Se o esbulho, a perturbação ou ameaça ocorrer sobre uma posse nova ou velha e desse esbulho passar mais de ano e dia, só cabe ação possessória de força velha, com rito ordinário, sem expedição de mandado liminar (art. 924 e 928 do CPC).

Na ação possessória, o que ainda se discute é se é possível tutela antecipada.

Anteriormente, pelo art. 508 do CC de 1916, havia quem entendesse que se o legítimo possuidor fosse esbulhado, perturbado na sua posse ou ameaçado gravemente de esbulho ou perturbação e não ingressasse dentro de ano e dia com a possessória de força nova, não caberia mais entrar com possessória alguma e sim somente com ação petitória.

Obs: a **ação publiciana** é uma espécie de ação reivindicatória em que não há um título jurídico apresentável em juízo de uma pessoa dona, como no caso do usucapiente que já é dono por usucapião. Washington de Barros entende que é ação de todo usucapiente.

No entanto, esses doutrinadores deixaram de observar no CC de 1916 a existência do art. 523 que admite perfeitamente a propositura sem rito especial e sim por rito ordinário da ação possessória de força velha em que não é possível requerer a liminar, vide o art. 506 do mesmo código. Hoje em dia o novo CC não trouxe nem o art. 506, nem o 507, nem o 508 do CC de 1916, porém, o art. 924 do CPC é inequívoco na possibilidade do procedimento ordinário da possessória de força velha.

Possibilidade de tutela antecipada da ação possessória de força velha:

1ª corrente: não é possível a tutela antecipada na ação de força velha já que estando a situação pacificada e tendo o autor se mostrado negligente, não tomando providências para defender sua posse, cumpre ao Juiz manter a situação mencionada na inicial até decisão definitiva, só a alterando se houver a prova inequívoca da melhor posse do autor;

2ª Corrente: a lei não proíbe a concessão da tutela antecipada na possessória de força velha. Desse modo, desde que preenchidos os requisitos legais do art. 273, seus incisos e parágrafos do CPC, é perfeitamente possível concessão da tutela antecipada nesse tipo de ação possessória;

3ª Corrente: seria possível a concessão da tutela antecipada desde que o autor da possessória de força velha argüísse e provasse em Juízo que foi impedido, no prazo de ano e dia, até por motivos econômicos e de saúde, de tomar as providências cabíveis, não tendo sido negligente para tanto.

- DOS EFEITOS DA POSSE.

a) Legítima defesa da posse e desforço possessório imediato:

Art. 1210 e seguintes.

As principais conseqüências jurídicas que defluem da posse de alguém, para a maioria da doutrina são em essência a possibilidade do possuidor se valer das ações possessórias e afins tanto para a posse ad interdicta quanto para a posse ad usucapione, bem como, na posse ad usucapione, a transformação dessa posse, com determinados requisitos legais, em propriedade ou outro direito real usucapível através do usucapião ou prescrição aquisitiva.

No entanto, outros efeitos decorrem da situação possessória além desses já mencionados. O parágrafo 1º do art. 1210, que substitui o art. 502, parágrafo único do CC de 1916, apresenta como efeito da posse a possibilidade do possuidor exercer a **legítima defesa da posse** e o **desforço possessório imediato**, que são situações diferentes.

A **legítima defesa da posse**, que não constitui ato ilícito do possuidor e sim um exercício regular de um direito a ele reconhecido (art. 188, I do CC) permite ao possuidor

esbulhado ou turbado **reagir imediatamente** pela própria força ou através de um detentor à agressão a sua posse. Não haverá ilicitude se a resistência mantiver proporcionalidade em relação à agressão, tal como no direito penal. Se a agressão for violenta, iminente, não interessa se a posse é justa ou injusta, de boa ou de má-fé, a violência pode ser repelida pela violência. Se a reação for excessiva, desproporcional, haverá ilicitude. É o chamado excesso de legítima defesa.

Washington de Barros entende que o fâmulos não pode exercer a legítima defesa da posse.

Pode haver legítima defesa pelo possuidor injusto em face do legítimo possuidor, já que ninguém pode fazer justiça com as próprias mãos, desde que já pacificada a posse injusta.

Já o **desforço possessório**, em sentido técnico, **ocorre quando já consumado o esbulho**, ou seja, a perda total ou parcial da posse, a lei permita que o possuidor esbulhado possa restabelecer a sua posse por sua própria força, manu militari, sem apelar para a autoridade constituída, ou seja, a polícia ou a justiça. Em regra, o desforço possessório, como diz a lei, deve ser feito logo após a consumação de esbulho, imediatamente após a agressão, ainda no calor dos acontecimentos pelo próprio possuidor esbulhado ou, conforme o caso, auxiliado por amigos ou prepostos.

A expressão “contanto que o faça logo”, para Carvalho Santos, significa que se o possuidor não puder exercer o desforço de imediato, pode fazê-lo logo que no caso concreto seja possível agir, às vezes até pode retornar dias depois, já que só conseguiu equilibrar as forças naquela ocasião. Por exemplo: 10 pessoas invadem o terreno de terceiro. Este sai e procura 9 pessoas para ajuda-lo a manter-se na posse; ladrão furta a capa, sendo localizado dois dias depois pelo furtado com a capa.

Aula do dia 18/09/2003.

b) Não possibilidade da exceção de domínio no direito brasileiro na ação possessória.

O art. 1210, § 2º, que substitui o art. 505 do antigo CC, temos a polêmica questão da possibilidade ou não da arguição da exceção de domínio na ação possessória, ou seja, será possível tanto ao autor quanto ao réu na possessória pretenderem a proteção possessória sob a alegação de serem donos da coisa ou terem sobre ela direito real, exceção no sentido de defesa.

O art. 505 do CC de 1916, na primeira parte, diz com base no direito romano, que não obsta a manutenção ou a reintegração de posse a ser conferida pelo juiz no interdito possessório a simples alegação por qualquer das partes de serem donos da coisa ou terem sobre ela qualquer direito já que no interdito possessório só se discute ou só se deve discutir posse, ou seja, o estado de fato protegido pelo direito e não propriedade ou outro direito qualquer até porque se trata de mera proteção temporária.

Os romanos já diziam que a posse deve ser apartada da propriedade, muito embora, por vezes, caminhem juntas.

No entanto, a segunda parte do art. citado, que a primeira vista parece contrariar a primeira parte, o legislador dizia que não se deve, no entanto, julgar-se a posse em favor do autor ou réu quando ficar evidenciado que qualquer deles, evidentemente, não é o dono da coisa, e a contrário senso, aquele que comprovar documentalmente a sua propriedade seria o vencedor da demanda possessória.

A interpretação correta pela doutrina e jurisprudência sobre essa segunda parte é a seguinte: nenhum dos dois, autor ou réu, deve requerer a proteção possessória sobre a alegação apenas de que é dono da coisa, até porque a ação possessória discute apenas posse. Se, por exemplo, o autor assim o fizer, o juiz deveria indeferir a inicial, já que o CPC diz que

fundamental na ação possessória é a alegação e a prova do caso concreto da posse ou quem tem melhor posse (art. 927, I do CPC).

Esse indeferimento deve ser realizado pelo Juiz, pois embora a ação possessória típica tenha como requisito sua fungibilidade, art. 920 do CPC, ou seja, o Juiz pode conceder um interdito possessório pelo outro, dependendo de quais requisitos estejam comprovados, fungibilidade só admitida entre ação de reintegração, ação de manutenção de posse, e interdito proibitório, mesmo que essa fungibilidade não tenha sido requerida no procedimento. É uma fungibilidade ex officio.

Não sendo possível ao Juiz transformar uma ação possessória em ação petítória, de naturezas diversas, nem ex officio, nem a pedido de qualquer interessado, já que a ação possessória tutela o ius possessionis sem necessidade de qualquer prova documental, nem alegação de qualquer direito anterior, e a ação petítória tutela o ius possidendi, especialmente amparado pela prova documental do direito de propriedade ou do direito real.

Porém, segundo a súmula 487 do STF, quando ambos os litigantes, autor ou réu, estiverem disputando a posse com base na alegação de domínio ou quando nenhum dos dois conseguir provar sua melhor posse, ou a própria posse sobre a coisa, aí sim, se o Juiz encontrar provada a propriedade ou o direito real a favor de alguém, esse será vitorioso na demanda possessória. Esse entendimento é aceito pelo STJ.

Súmula 487 do STF: “Será deferida a posse a quem evidentemente tiver o domínio se com base neste for ela disputada”. Assim sendo, se nenhum dos dois conseguiu provar a melhor posse, havendo prova de propriedade de um deles, será deferida a posse a esse.

No entanto, vem o CPC, no art. 923, dispondo na sua primeira parte que na pendência do processo possessório é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar ação de reconhecimento de domínio. Na segunda parte desse artigo, suprimida pela lei 6820/80, o legislador dizia: “não obsta, porém, a alegação de domínio ou de outro direito sobre a coisa, caso em que a posse será julgada em favor daquele a quem evidentemente pertencer o domínio”.

A partir do momento em que foi revogada esta segunda parte do art. 923 do CPC, muito assemelhada à segunda parte do art. 505 do CC de 1916, parte da doutrina começaram afirmar que não havia mais exceção de domínio na ação possessória no direito brasileiro. Em consequência, a súmula 487 estaria revogada.

O art. 923, na redação atual, se fosse lavado ao pé da letra, como queriam alguns, teria como consequência prática, impedir ao dono da coisa esbulhada a reivindicação do bem, bastando para tanto que o esbulhador intentasse em face dele uma ação possessória ante do ajuizamento da petítória e se manteria na posse até o trânsito em julgado daquela. A melhor jurisprudência reagiu contra esse absurdo. O STF, além de dizer que o art. 923, na redação atual não é inconstitucional, afirmou, por exemplo, no REXT. 89179-0PR, que na pendência do processo possessório, desde que esse processo estivesse fundado na alegação de domínio por ambos os disputantes, aí sim não haveria interesse processual de qualquer deles entrar com a ação petítória. Caso contrário, a ação petítória poderia ser ajuizada, as demandas correriam juntas e o Juiz as decidiria numa só sentença, ou seja, a súmula 487, para a maioria da jurisprudência continuava em vigor.

O novo CC, no art. 1201, § 2º, suprime a segunda parte do art. 505 do CC de 1916 dizendo mais tecnicamente apenas que não obsta a manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade ou de outro direito sobre a coisa, o que está levando a maioria da doutrina a afirmar que agora sim revogada está a súmula 487 e não é cabível mais a exceção de domínio, a *exceptio proprietatis*, na ação possessória. Vide os enunciados 78, 79 dos CEJFF, STJ, 09/2002.

Enunciado 78: “Art. 1201 do CC. Tendo em vista a não recepção pelo novo CC da *exceptio proprietatis*, em caso de ausência de prova suficiente para embasar decisão liminar ou sentença final, ancorada exclusivamente no ius possessionis, deverá o pedido ser indeferido e julgado improcedente, não obstante eventual alegação e demonstração de direito

real sobre o bem litigioso”. Se ninguém comprovou a melhor posse, improcedente será a ação, devendo as partes ir se valer da ação petítória.

Enunciado 79: “A *exceptio proprietatis*, como defesa oponível às ações possessórias típicas, foi abolida pelo CC de 2002, que estabeleceu absoluta separação entre os juízos possessórios e petitórios”.

Em suma, nessa reunião ficou estabelecido doutrinariamente que não é cabível a discussão de titularidade de propriedade ou outro direito real na ação possessória, onde deve o pedido ser julgado improcedente se não ficar comprovada a posse, ou melhor, posse de qualquer deles, mesmo que fique claro documentalmente qual deles é o dono da coisa ou tem direito real sobre o bem.

Colorir posse é juntar títulos de propriedades dentro da ação possessória.

Apesar disso, Tepedino entende que a súmula 487 continuará a ser aplicada pelo princípio da celeridade. Seria mais prático aplicá-la.

c)

Esse efeito tem haver com a boa fé do possuidor, seja sob o ponto de vista da proteção possessória, seja do ponto de vista do direito de retenção e também do direito de indenização pelas benfeitorias e acessões por ele realizadas durante o período da boa-fé que tem natureza subjetiva.

Em primeiro lugar, o art. 1212 do CC, que repete a redação do art. 504 do antigo CC, em atenção à boa-fé do possuidor foi objeto até mesmo do enunciado 80 que diz que todo possuidor, como consequência do *ius possessionis*, pode intentar ação de reintegração de posse ou pedir indenização não só em face do próprio esbulhador bem como em face do terceiro que recebeu a coisa esbulhada, porém, se esse terceiro adquiriu a coisa ou a posse deste de boa-fé, ignorando o vício possessório, desde que haja erro escusável, até mesmo por rusticidade, a demanda deve ser julgada improcedente em face do terceiro e resolvida pela via petítória.

Tanto o código antigo quanto o novo, além da norma antes citada, concedem proteção ao possuidor de boa-fé em vários dispositivos. Em primeiro lugar, atual art. 1214 e 1215 conferem a esse possuidor o direito aos frutos percebidos, ou seja, colhidos, separados da coisa desde que tenham sido durante a boa-fé não tendo que indenizar o titular da coisa em relação a esses frutos.

Fruto é tudo aquilo que periodicamente a coisa produz sem desfalque da sua substância. Divide-se em frutos naturais, que são gerados pela própria natureza, como a maçã de uma árvore, as cria de animais etc., frutos civis, ou seja, os juros, os rendimentos, os alugueres sobre a coisa ou capital empregado, e os frutos mistos ou industriais, que são obtidos através da força geradora do trabalho humano combinada com a força da natureza. Ex. o tecido, a mercadoria etc.

* O art. 1217, antes 514, também diz que esse possuidor de boa-fé não responderá se a coisa possuída for perdida ou se deteriorar, ou seja, não terá responsabilidade no pagamento do valor dessa coisa, salvo se a perda ou ruína se der por sua culpa.

O art. 1219 c/c art. 1222, antigos artigos 516 e 519 concedem a esse possuidor de boa-fé, enquanto e no período de duração dessa boa-fé, dois direitos importantíssimos:

a) O Direito de ser indenizado pela realização de benfeitorias necessárias e úteis feitas sobre a coisa possuída, sabendo-se que benfeitorias (art. 96, §§ e art. 97) são despesas materializadas ou não através de obras feitas sobre a coisa própria ou alheia, pelo sujeito de direito, não sendo consideradas benfeitorias os acréscimos que ocorram através da natureza sem intervenção do proprietário, possuidor ou detentor. As benfeitorias se dividem apresentando como despesas, obras ou acréscimos feitos na coisa no seguinte sentido:

- I) Benfeitorias necessárias: aquilo que é feito na coisa a fim de conserva-la ou a fim de evitar que a coisa se arruíne ou se deteriore. Ex: a pintura de uma casa; o pagamento de imposto; conserto de um telhado;
- II) Benfeitorias úteis: art. 96, § 2º: são as despesas, obras ou acréscimos que não são feitas para conservação ou para se evitar a ruína que, no entanto, facilitam ou melhoram a utilização da coisa, como, por exemplo, a construção de mais um cômodo na casa, de uma cerca viva, uma churrasqueira;
- III) Benfeitorias voluptuárias: são as realizadas na coisa sem aumentar a sua utilidade, porém com motivo de embelezamento do bem, tendo valor elevado ou não. Ex: as estacas de anões no jardim; azulejos portugueses na parede; piscina.

Desde que a benfeitoria feita durante a boa-fé seja necessária ou útil, esse possuidor de boa-fé, ao ser atacado em demanda petítória ou possessória deve requerer segundo a maioria da jurisprudência, na própria contestação, dois direitos em face do autor da demanda.

O primeiro deles, para se evitar o enriquecimento ilícito do outro, é o direito de indenização pelo valor de tais benfeitorias necessárias e úteis.

Obs: o CC atual trás como novidade, na parte final do art. 1222, que o valor indenizatório deve ser para o possuidor de boa-fé o valor atual das benfeitorias, ou seja, no momento do pagamento, o que é mais justo do que o previsto no CC anterior, no art. 519, que permitia ao reivindicante escolher o valor da indenização pelo custo das benfeitorias ou por seu valor no momento do pagamento, tanto para o possuidor de boa-fé quanto para o de má-fé.

b) Também se permite ao possuidor de boa-fé requerer ao Juiz o ius retentionis por tais benfeitorias necessárias e úteis, ou seja, o direito de permanecer na posse da coisa mesmo depois do trânsito em julgado da sentença que acolha o pedido até que efetivamente receba o valor despendido nas benfeitorias.

A jurisprudência majoritária sempre entendeu que para a concessão do ius retentionis, caberia ao possuidor na própria contestação argüir esse direito e não deixa-lo para argüir na execução da sentença, através dos embargos de retenção pelas benfeitorias que por si só é um processo de conhecimento e autônomo. Isso porque tanto as ações petítórias ou possessórias seriam ações de execução imprópria, ou seja, a execução far-se-ia através de um simples mandado judicial de restituição da coisa, de imissão de posse, de reintegração ou manutenção e em execução imprópria não caberiam embargos.

Desse modo, o possuidor, com o indeferimento liminar dos embargos, seria afastado da coisa, nela não permaneceria, só sendo cabível em outra ação receber o valor indenizatório.

O art. 744 do CPC foi modificado pela lei 10.444/02 e agora fica claro que só na execução por título extrajudicial para entrega da coisa (art. 621 do CPC) será lícito ao devedor deduzir tais embargos de retenção. Fica assim consolidada a posição da maioria da doutrina.

Questão: o Juiz acolhe o pedido de retenção e indenização. O autor é pessoa hipossuficiente financeiramente. Qual o prazo que o réu poderia ficar no imóvel?

Aula do dia 23/09/2003.

O tempo que é possível ficar no imóvel dá ensejo a duas correntes.

Uma vez reconhecido pelo Juiz o direito de indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias feitas pelo possuidor de boa-fé no período em que estava de boa-fé ignorando o vício possessório discute a doutrina e a jurisprudência quanto tempo esse possuidor poderá permanecer na coisa no exercício do direito de retenção. Direito que para Arnaldo Medeiros

da Fonseca é um verdadeiro direito real, porém, para a maioria da doutrina brasileira, não é direito real, pois além de não estar enumerado como tal (art. 1225 do CC) esse direito só é oponível ao titular da coisa e não a toda a comunidade.

O CC português diz que o *ius retentionis* é um direito real.

Uma primeira corrente entende que o titular do *ius retentionis* pode permanecer na coisa *ad eternum* até ser indenizado. Não pode mudar o título da sua posse para uma eventual aquisição por usucapião.

Uma outra corrente defendida pelo hoje Ministro do STJ Luiz Fux entende que o possuidor deve permanecer na coisa apenas durante o prazo suficiente para ocorrer a compensação entre as parcelas de valor locativo do bem e o limite do valor da indenização evitando-se com isso o enriquecimento indevido do possuidor.

O entendimento para a maioria da doutrina é o de que a partir da citação, se ele fizer uma benfeitoria, ele é considerado possuidor de má-fé.

E se o sujeito fizer acessões?

Pode acontecer de o possuidor de boa-fé, ao invés de realizar benfeitorias úteis ou necessárias na coisa alheia, realize nestas acessões através de construções e/ou plantações e indaga-se aqui se ele, além de requerer indenização pela realização de tais acessões (art. 1255 do novo CC) se ele pode também requerer a seu favor o direito de retenção já que não há previsão legal em relação a isso.

A acessão não pode ser confundida com a benfeitoria, embora ambas sejam consideradas bens acessórios, em regra. Benfeitoria não é modo de aquisição de propriedade imobiliária ou mobiliária e só pode ocorrer através do sujeito de direito e não através de fenômenos da natureza. Natureza não faz benfeitoria.

A acessão é modo de aquisição de propriedade, especialmente propriedade imobiliária, expressamente regulamentada no art. 1248, I a V do novo CC, 1253 a 1259 do mesmo diploma, 536, 545 a 549 do CC de 1916, sendo acréscimo, melhoramento ou saneamento feito sobre a coisa que altera essa mesma coisa de modo substancial no sentido econômico e jurídico, podendo acontecer seja pela natureza, como, por exemplo, na aluvião, na avulsão, no abandono de álveo ou então através do sujeito de direito quando este realiza plantações ou construções. Exemplo de acessão feita pelo ser humano: a construção de uma casa sobre um lote de terreno.

Pelo **princípio da gravitação jurídica**, o acessório segue o principal.

A **acessão invertida** é o caso em que o dono da acessão passa a ser o dono do solo (art. 1259 do CC) nos casos de construções de grande vulto em um solo de valor muito inferior. É o princípio da riqueza criada.

A construção de um segundo andar é controvertido, mas tem-se entendido que é uma construção de grande vulto, sendo considerada uma acessão.

A mesma coisa no caso de plantações.

Há a acessão interna, como no caso de transformação de um pântano em um terreno aproveitável. Esse melhoramento modifica substancialmente o imóvel.

Embora sem previsão legal, o STJ vinha entendendo, com base no princípio de quem pode o menos pode o mais, de que quando um possuidor de boa-fé realizasse uma acessão também poderia arguir o direito de retenção da coisa acrescida até ser indenizado.

O encontro no STJ na jornada de direito civil de 09/2002 consagra no enunciado 81 esse pensamento no seguinte sentido: “art. 1219: o direito de retenção previsto no art. 1219 do CC decorrente da realização de benfeitorias necessárias e úteis também se aplica às acessões, construções e plantações nas mesmas circunstâncias”.

Hoje deve-se aplicar o art. 1222, parte final, em que a indenização deverá ser por valor atual, evitando enriquecimento ilícito do reivindicante.

No entanto, quanto ao possuidor de má-fé ele deve responder por todos os frutos colhidos e percebidos na constância dessa má-fé, indenizando o titular da coisa, bem como

responde por culpa própria em relação àqueles que deixou de colher tendo direito ao reembolso das despesas de produção e de custo com tais frutos (art. 1216 do CC).

A segunda diferença, pelo art. 1218 o possuidor de má-fé responderá através de indenização a um titular da coisa mesmo que ela tenha se perdido ou se deteriorado sem culpa sua, salvo se provar que a perda se daria se a coisa já estivesse na posse do reivindicante.

Um exemplo típico é a posse de um cavalo ou crias, sendo um possuidor de má-fé, vem uma inundação e afoga as crias. Se o dono da coisa também tivesse uma fazenda que também foi inundada, não haveria direito à indenização.

Já o art. 1220 diz que aquele que realiza benfeitorias em estado de má-fé subjetiva somente terá direito de ressarcimento em relação às benfeitorias necessárias não podendo ser indenizado pelas benfeitorias úteis e também não pode, como o possuidor de boa-fé, levantar as benfeitorias voluptuárias, não tendo nem o direito de retenção por qualquer tipo de benfeitoria.

Obs: pelo art. 1219, o possuidor de boa-fé em relação às benfeitorias voluptuárias feitas na constância da boa-fé, se o reivindicante não quiser pagar por elas, poderá levanta-las desde que o direito de levantamento, o *ius tollendi*, não significar no caso concreto prejuízo para a coisa. Nessa última hipótese nada receberá e ficará com o prejuízo.

Ex: “A” é legítimo proprietário e legítimo possuidor do imóvel. “B” é possuidor injusto, mas que está de boa-fé. “B” levantou uma casa e uma churrasqueira. Após a citação para devolução, para a doutrina majoritária, se transformaria em possuidor de má-fé. A partir daí colocou azulejos no muro, construiu uma piscina e consertou o telhado.

Na contestação, desde logo, devem ser argüidos o direito de indenização, de retenção e o *ius tollendi*.

Pelo STJ e pelo enunciado 81 ele tem direito de retenção e indenização pela casa. A churrasqueira é uma benfeitoria útil, tendo direito de indenização e retenção.

Após a citação, sai do art. 1219 e vai para o art. 1220. Pelo conserto do telhado ele só tem direito de indenização, não possuindo o direito de retenção e o *ius tollendi*. A piscina, ainda que seja bem útil ou voluptuária, não terá qualquer direito sobre ela em virtude da má-fé. A mesma coisa com os azulejos colocados.

Pela tradição, haverá perda da posse pela nuda traditio.

Pelo Código novo, perde-se a posse por qualquer situação, lícita ou ilícita, contratual ou extracontratual, quando se verifica que o possuidor perdeu o poder de fato sobre a coisa.

O art. 520 do antigo CC tinha um caráter nitidamente subjetivo.

A tendência atual do STJ é a de que não há posse sobre bens sobre bem público. Esta regra está no art. 520, III do antigo CC: “Perde-se a posse das coisas: (...) III – pela perda ou destruição delas ou por serem postas fora do comércio”.

A primeira característica do bem publico, quando se torna como tal, é ser posto fora do comércio.

- AÇÕES POSSESSÓRIAS.

Ainda como efeito da posse, temos, como já foi mencionado, o direito do possuidor de valer-se dos interditos possessórios, ou seja, das ações possessórias típicas em defesa da sua posse ou das ações afins aos interditos possessórios, já que alguns procedimentos previstos no CPC, embora não sejam interditos possessórios, têm natureza mista. Protegem a posse e a propriedade como, por exemplo, a ação de nunciação de obra nova ou os embargos de terceiro, senhor e possuidor. A proteção interdital encontra-se mencionada no CC atual nos artigos 1210 caput, 1211, 1212 e 1213, e no CPC, no capítulo V, Das Ações Possessórias, no art. 920 a 933.

Os interditos possessórios são ações de conhecimento de procedimento contencioso, de natureza condenatória e a doutrina continua discutindo se são ações reais ou se são ações pessoais.

Entende-se que a posse é um direito real, independentemente de qualquer direito anterior, ao lembra-se do art. 95 do CPC, que diz que as ações possessórias mobiliárias são direitos reais, ou entende-se que o legislador ao modificar o art. 10, § 2º, dizendo não ser mais necessária a citação do cônjuge, quis dar à posse a natureza de direito pessoal.

Os interditos possessórios servem exclusivamente para a proteção da posse, que é essencialmente um estado de fato ou poder de fato sobre a coisa própria ou alheia oponível erga omnes e essa proteção possessória é concedida ao possuidor legítimo, ao possuidor injusto, ao possuidor pleno, direito ou indireto. Segundo o STJ o espólio tem legitimação, bem como os herdeiros, representados pelo inventariante, de ingressar com ações possessórias, tendo por objeto os bens que compõe a massa inventariada (art. 12, V do CPC), o curador do nascituro, para Pontes de Miranda, em proveito do nascituro, também tem tal legitimidade, já que para este o nascituro pode ser possuidor. É o mesmo posicionamento de Leone.

A maioria dos autores entende que o nascituro não tem personalidade, por conseguinte, não pode ter posse. O Ministro Moreira Alves entende que o nascituro não pode ser possuidor porque não tem personalidade jurídica, e conseqüentemente não pode ingressar com a ação possessória.

Também se admite que o condomínio, pessoa formal representada pelo síndico, tem a legitimidade para ingressar com a ação possessória, art. 12, IX do CPC, idem à herança jacente ou vacante, por seu curador, art. 12, IV do CPC, bem como a massa falida, representada pelo síndico, art. 12, III do CPC.

Pessoa formal é um ente despersonalizado, porém tem capacidade processual. Há a diferença entre subjetividade e personalidade. As pessoas formais não têm personalidade, mas podem em determinadas circunstâncias serem sujeitos de direito. É a diferença entre subjetividade e personalidade.

A herança jacente é a herança sem herdeiros conhecidos. Nomeando-se um curador para a herança jacente, posteriormente a herança se torna vacante, ou seja, a herança vaga, destinada ao Poder Público.

Em relação à legitimidade passiva, já que na legitimidade ativa qualquer possuidor ou seus sucessores inter vivos ou causa mortis, pessoas físicas, jurídicas ou formais, tem essa legitimação, todo aquele que provoca o vício ou lesão possessória pode ser réu no interdito, ou seja, o possuidor, o detentor, que nesse caso deverá nomear o verdadeiro possuidor à autoria, ou os sucessores do autor do vício desde que esteja de má-fé, pois se estiver de boa-fé (art. 1212), só cabe a ação petítória e não a ação possessória.

A proteção possessória é essencialmente temporária, protege-se o poder de fato, já que esse poder de fato tem a aparência de direito, especialmente do direito de propriedade.

Essa proteção é temporária já que a questão será resolvida em definitivo na ação petítória, tendo em vista que a ação possessória tutela apenas o ius possessionis, a posse em si mesma.

Já a ação petítória tutela o ius possidendi, ou seja, o direito a ter posse e não a posse em si mesma, com base no direito de propriedade (petitória plena), ou com base em direito real menor (petitória não plena ou imperfeita), e até mesmo em alguns casos tutela direito meramente pessoal aparelhado de ius possidendi.

Em suma, o possessório não engloba o petítório.

Na ação possessória não há necessidade de o autor ou réu exibirem título de domínio, nem de direito real, nem de direito pessoal, ou seja, não é preciso colorir a posse nem do autor nem por parte do réu, incumbindo ao autor ou ao réu, querendo, a prova de sua posse, a turbação, esbulho ou ameaça praticada pelo adversário, a data da turbação ou do esbulho para efeitos de requerimento de medida liminar ou não, a afirmação de perda da posse na ação

reintegratória, perturbação como continuação da posse na ação de manutenção e a ameaça séria ou iminente de esbulho ou perturbação no interdito proibitório (art. 927, I a IV e art. 932/933 do CPC).

É na ação petítória, e somente nela, que o autor, logo na inicial, deve fazer a prova documental do seu título de propriedade de direito real ou por vezes até de direito pessoal.

O professor Roldão sempre perguntava se a posse era um fato ou um direito e ser for um direito, é real ou pessoal?

A resposta era se “um sujeito estiver possuindo sem base em qualquer direito, a posse é um fato (a posse do invasor), se, no entanto, o proprietário, o usufrutuário, etc. há um direito real. Mas se possui como comodatário, locatário etc, a posse é um direito pessoal”.

Qual a hipótese em que a ação petítória pode ser ajuizada com base em um direito pessoal?

O STF e o STJ disseram que é cabível no compromisso de compra e venda não registrado, sem cláusula de arrependimento. Assim sendo, no caso concreto, houve um contrato particular de promessa de compra e venda. Não havendo o registro, o Tribunal entendeu não ser cabível a ação de imissão de posse do promitente comprador em face do promitente vendedor, pois essa existia no código de 1938 e a ação de imissão é para tutelar um direito real, indo para o Supremo, este disse que para cada direito corresponde uma ação que o assegure. Assim sendo, mesmo que o CPC de 1938 não esteja mais em vigor, o que interessa é o pedido. Entra-se com uma ação ordinária para obrigar o promitente vendedor se obrigue a transferir o bem ao promitente comprador. O nome dado foi de ação de imissão de posse. O SRJ tem o mesmo posicionamento.

Assim sendo, existe petítória até não havendo direito real. É muito comum a promessa de compra e Venda não registrada.

Pode haver reivindicatória tutelando direito pessoal?

Aula do dia 25.09.03

Tradicionalmente se diz que o efeito da posse na realidade só é a possibilidade do possuidor se valer dos interditos e a transformação da posse com determinados requisitos, não só *ad interdicta* mas também *ad usucapionem* em propriedade ou outro direito real usucapível, mas no CCB tem vários efeitos da posse: tem a ver com a boa-fé, não é só a utilização dos interditos, a legítima defesa da posse.

Ação possessória é diferente de ação petítória.

Á Ação de Imissão de posse não está no CPC/73; estava no CPC/39;

Tutela é *jus possidendi* e não *jus possessionis*;

Art. 621, CPC foi modificado – pessoas vão preferir, ao invés de nominar ação de imissão de posse, ação para entrega de coisa certa, se houver um título executivo extrajudicial.

Existem ações petítórias, petítórias imperfeitas, que até tutelam direitos pessoais.Ex: STF e STJ admitiram a um promitente comprador, chamado compromitente comprador de bem imóvel, que não tenha registrado o seu compromisso de compra e venda imobiliária, desde que não haja cláusula de arrependimento, pudesse esse promitente comprador que não tem direito real (se não há registro do compromisso de compra e venda, não há direito real, direito *erga omnes*), permitiram, repito, a esse promitente comprador entrar com a ação de imissão de posse; o título do compromisso onde o promitente vendedor se compromete a entregar o imóvel numa data tal, se não houve transferência de pose, e, de repente, essa pessoa descumpre essa obrigação seria título executivo extrajudicial – entrega de coisa certa – há uma ação, há uma pretensão de entrega e pode nominar processo de conhecimento pelo rito ordinário como ação de imissão de posse, mesmo que não haja direito real.

Então, a ação petitória que normalmente tutela direito real, por vezes, pode tutelar direito pessoal.

A ação que protege o direito do proprietário de usar, fruir e dispor da coisa, e obter a restituição dela do possuidor injusto – ação petitória típica – sempre se afirmou que essa ação competia ao proprietário.

OBS: UMA OUTRA AÇÃO CONSIDERADA COMO PETITÓRIA É A AÇÃO REIVINDICATÓRIA, QUE É AÇÃO DO PROPRIETÁRIO NÃO POSSUIDOR QUE TRAZ NA INICIAL SEU TÍTULO DE DOMÍNIO, VISANDO OBTER A RESTITUIÇÃO DA COISA QUE É DONO, DO POSSUIDOR ILEGÍTIMO, INJUSTO. ESSA AÇÃO CABE AO PROPRIETÁRIO PLENO, AO PROPRIETÁRIO RESOLÚVEL E É BASEADA NO *JUS POSSIDENDI*. A DOUTRINA ESTENDE TAL LEGITIMIDADE AO ENFITEUTA, TITULAR DE UM DIREITO REAL SOBRE COISA ALHEIA, MAIS ASSEMELHADO À PROPRIEDADE, JÁ QUE O ENFITEUTA PODE USAR, FRUIR, DISPOR E, TAMBÉM, REIVINDICAR, DIREITO, QUE SE EXERCE SOBRE A COISA ALHEIA, DENOMINADO DOMÍNIO ÚTIL.

ESSE DIREITO DE ENFITEUSE ELE VAI CONTINUAR EXISTINDO, SÓ QUE PELO **ART. 2038, NCCB**, HÁ PROIBIÇÃO DE CONSTITUIÇÃO DE ENFITEUSE E SUBENFITEUSES (possibilidade do enfiteuta realizar uma nova enfiteuse) PRIVADAS (as enfiteuses privadas eram muito comuns no Brasil; inclusive, o Brasil foi colonizado por enfiteuses – Capitâneas Hereditárias – propriedade era da Coroa Portuguesa – essa prática veio da Grécia – concedia-se a alguém o uso, a fruição e a disposição – mas, não é direito de propriedade, é um direito real sobre coisa alheia).

Na enfiteuse não há dois domínios, apesar da existência do senhorio direto e do enfiteuta; enfiteuta tem a obrigação de pagar o fogo anual e, se for alienar onerosamente o seu direito, deve dar preferência ao senhorio direto; senhorio direto é o verdadeiro dono e se ele não quiser a preferência, aliena-se o domínio útil para um terceiro e paga-se um laudêmio (2,5% do valor da alienação - é uma compensação pelo proprietário não querer resgatar a enfiteuse, não querer exercer a preferência); o enfiteuta tem o domínio sobre o direito, mas esse domínio útil é um direito real menor sobre coisa alheia, pois não pode haver uma coisa com dois direitos de propriedade; o enfiteuta tem posse direta e o senhorio direto tem posse indireta (não tem contato material com o bem, apenas a possibilidade de receber o foro anual, valor ínfimo – esse foro é invariável, salvo se houver previsão de correção monetária nos contratos; esses contratos são muito antigos e, geralmente, não há essa previsão).

Então, o senhorio direto tem domínio direto e o enfiteuta tem domínio útil – na realidade chama-se de domínio útil pq esse direito real sobre coisa alheia é o que o que é mais assemelhado à propriedade – esse direito continua existindo na enfiteuse pública, legislação especial, e nas enfiteuses privadas contratadas ou havidas antes do NCCB entrar em vigor - a partir de agora, o NCCB proibiu a enfiteuse privada pq substituiu por direito real de superfície. (achou que isso aqui, enfiteuse, é um modo inadequado de se concentrar riqueza e, também, para eliminar qualquer possibilidade da família real voltar ao poder, etc.).

Na I. Média é que os doutrinadores diziam que quando um bem - isso é um direito real imobiliário, só cabe para bem imóvel – em enfiteuse, prazo ou emprazamento havia dois direitos de propriedade (do proprietário enfiteuta e do senhorio direto).

Hoje, sabe-se que isso não é verdade, pois uma das características do dir. de propriedade é o exclusivismo, não pode haver dois direitos de propriedade sobre uma mesma coisa.

Obs: No condomínio há apenas um direito de propriedade que tem dois ou mais titulares. Há um direito sobre a mesma coisa, preservando o princípio do exclusivismo.

Terreno de marinha é bem público da União; se a União, ou até o Município, quiser faz o aforamento, a enfiteuse do terreno de marinha.

A ação reivindicatória também cabe ao enfiteuta, pois a enfiteuse é o direito real mais aproximado da propriedade. Ex: você tem uma casa em Angra, enfiteuta em terreno de marinha, há aquisição do domínio útil – você tem um direito real sobre coisa alheia, ou seja, aquele terreno pertence à União. Se alguém estiver possuindo injustamente o bem e não quiser te devolver, você não quiser utilizar a possessória, você pode usar a ação reivindicatória e para obter a restituição da posse, mais rápida, pede a tutela antecipada pq não cabe aquela medida liminar em ação reivindicatória.

Novidade: O STJ vem entendendo que também é possível usar a ação reivindicatória o promitente comprador de um bem imóvel que tenha o compromisso de compra e venda registrado, sem cláusula de arrependimento, num compromisso, portanto, irrevogável, especialmente se o preço estiver quitado.

O fundamento da ação reivindicatória é o art. 1228 do NCCB (art. 524 CCB/1916) – ora, um promitente comprador com direito real porque registrou a promessa imobiliária, sem cláusula de arrependimento e de repente, alguém está possuindo injustamente aquele imóvel que ele não é dono (tem apenas o direito a receber a propriedade e a ação correspondente – direito e ação – quando não há propriedade e você tem direito/poder sobre determinado bem).

Porém, essa ação seria possível porque no Direito Brasileiro um compromisso de compra e venda registrado no RGI, sem cláusula de arrependimento, e com preço quitado é praticamente uma propriedade, embora, a não ser quando o objeto seja lote urbano loteado, ainda haja necessidade de escritura definitiva ou decisão judicial que substitua tal escritura.

O compromisso de compra e venda no Brasil tem dois regulamentos:

. Decreto 58/37 – compromisso de compra e venda de imóvel urbano que não fosse loteado.

Ora, se você registrou no RGI e não há cláusula de arrependimento, você é praticamente dono; se você quitou o preço, então, não falta nada – você é um credor sem escritura, é quase como se fosse dono. Hoje, não se considera esse tipo de compromisso, nem o contrato preliminar como se considerava antigamente; hoje, com a escritura definitiva, você apenas confirma a vontade que foi externada antes.

O Dec. 58/37 foi muito mal regulado no NCCB.

. Lei 6766/79 - art. 26, parágrafo § 6º - compromisso de compra e venda, cessões e promessa de cessões valerão como título para o registro da propriedade do lote adquirido quando acompanhado da respectiva prova de quitação - Se for imóvel loteado de lote urbano, compromisso de compra e venda de lote urbano, hoje, você não precisa nem de escritura definitiva; se você é um loteador e vende a sua propriedade, a promitente compradora do lote, compromissária, não pode haver cláusula de arrependimento, registrado o compromisso no RGI e pago o preço, já será a dona, desnecessária qualquer ação para obter a escritura definitiva.

Retornando à ação possessória, cuja utilização é uma consequência, é um efeito da posse, os **interditos possessórios apresentam características típicas:**

1ª. Característica: Art. 920 do CPC - o requisito da fungibilidade dos interditos possessórios, ou seja, se alguém propuser, por exemplo, uma ação de reintegração de posse e o juiz entender, logo de início ou por ocasião da sentença, que o vício possessório não é o esbulho e sim a turbação, pode conceder a proteção legal correspondente a essa perturbação, ou seja, a manutenção de posse e não a reintegração. Essa fungibilidade só ocorre entre as ações possessórias típicas, chamadas interditos, ou sejam, reintegração, manutenção ou interdito proibitório, não sendo isso possível entre ação possessória típica e uma ação afim ao interdito possessório que também protegeria a posse, como, por exemplo, a nunciação de obra

nova, os embargos de terceiros, também não sendo possível fungibilidade entre ação possessória típica e ação petítória (essa fungibilidade atende aos princípios da economia processual, da rapidez do processo, da celeridade da prestação jurisdicional).

Ex: eu entrei com a manutenção, juiz, entendendo que há esbulho possessório, pode simplesmente conferir a ação possessória adequada, reintegração de posse – ação é fungível, pode ser trocada pela outra. Porém, não se pode fazer o seguinte: o vizinho está realizando uma obra/construção que é prejudicial ao seu imóvel, que invade a sua privacidade; não é cabível, entendimento atual, a ação possessória – só seria cabível este se ele invadisse parte do seu terreno; cabível é a nunciação de obra nova, ação que não é possessória típica; é uma ação que serve tanto à posse quanto à propriedade; chamada ação possessória afim ou, simplesmente, ação afim ou interdito possessório, como embargos de terceiros, ação de dano infecto.

2ª. Característica: Art. 922 do CPC - a duplicidade nos interditos possessórios, ou ações possessórias típicas. Independentemente de reconvenção, a lei permite ao réu, na demanda possessória, requerer para si proteção possessória, ou seja, que o juiz defenda a sua alegada posse contra atos do autor. Essa duplicidade só vai ocorrer se for argüida pelo réu, não podendo ser concedida de ofício pelo juiz.

A entra com ação possessória em face de B, dizendo que era possuidor e que foi esbulhado.

B, se quiser, pode dizer, “Dr. Juiz, quem me esbulhou foi A, quem está perturbando a minha posse é A, que nunca teve posse alguma”, pedindo a proteção.

Juiz pode conceder a proteção ao autor, ao réu, ou não conceder a nenhum dos dois.

Isso é o que se chama duplicidade, não precisando entrar com outra ação, de reconvenção (na contestação já se pediu a proteção, não há interesse processual em se reconvir); no entanto, o **STJ e a jurisprudência** já admitiam reconvenção advinda de ação possessória quando essa reconvenção vinculou outras pretensões que não as previstas no art. 922 do CPC, ou para formular pedido possessório relativo a outro bem que não objeto da demanda ou parte do mesmo bem – Revista do STJ 112, pág. 169.

OBS: O CCB/1916, Art. 507, dava um norte ao juiz para a decisão da ação possessória, dizendo que a proteção correspondente caberia àquele que, no caso concreto, tivesse melhor posse, e no parágrafo único deste artigo dizia o que era essa melhor posse.

O NCCB não trouxe artigo equivalente ao art. 507, ou seja, não continuou com essa norma que se presume revogada, havendo uma tendência, hoje em dia, do juiz se tiver que utilizar algum critério na proteção possessória que não seja a manutenção da situação possessória pacificada, o critério como melhor posse da posse sociológica ou posse trabalho que é inspirada constitucionalmente na função social da propriedade, ou seja, a propriedade moderna, embora continue absoluta, deve ficar subordinada ao bem estar social.

Bem estar social – art. 147, CRFB/46; art. 157, CRFB/67; art. 160, CRFB/69; art. 5º, XXIII, art. 182, parág. 2º, art. 186 e art. 170, todos CRFB/88; e no NCCB essa função social da propriedade que dá origem à expressão **posse social** ou **posse-trabalho** influencia também o direito de propriedade, restringindo seu absolutismo, especialmente no artigo 1228, parágrafo 4º, que é aquela expropriação privada por interesse social (utilizada como defesa na ação reivindicatória); no art. 1238, parágrafo único (usucapião extraordinário com posse social); art. 1242, parágrafo único (usucapião ordinário com posse social); art. 1239 (usucapião constitucional rural – art. 191, CRFB); art. 1240 (regula o art. 183 da CRFB – usucapião constitucional urbano); Estatuto da Cidade (Lei 10257/01 – usucapião coletivo – lei fala que juiz tem que dividir em frações ideais ou, então, deve haver acordo entre os moradores).

Função social da propriedade – Art. 186 da CRFB/88 – propriedade rural/urbana deve atender simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos na lei, aos seguintes requisitos:

- Aproveitamento racional e adequado
 - Utilização adequada dos recursos naturais disponíveis, preservação do meio ambiente.
 - Exploração das disposições que regulem as relações de trabalho
 - Exploração que favoreça o bem estar dos proprietários e funcionários
- Em suma, não há mais o critério da melhor posse.

O CCB/1916 trazia no seu bojo o art. 509, hoje art. 1213, que diz que a proteção possessória não se aplica às servidões não-aparentes, salvo quando os respectivos títulos provierem do possuidor do prédio serviente ou daqueles de quem este o houve. O que o legislador quer dizer, simplesmente, neste artigo é que não é possível a utilização dos interditos possessórios na defesa da utilização de servidão não-titulada, que não seja aparente, tendo em vista que se a serventia não é visível, ou seja, não é possível ao sujeito de direito a olho nu verificar a existência naquele local de uma servidão, não haverá posse a ser protegida e sem posse não é possível utilização dos interditos possessórios; aliás, tal raciocínio também se aplica às servidões juridicamente tituladas que não sejam aparentes.

Ex.de servidão não-aparente, portanto, onde não há posse: servidão de não construir; servidão de passagem, onde o caminho não é visível, não é demarcado por cerca, sulcos, mourão; porém, como nós já vimos, até mesmo as serventias não-tituladas, desde que sejam visíveis, suas utilizações enseja posse e, conseqüentemente, proteção possessória – Súm. 415 do STF.

(só há proteção possessória, em matéria de servidão, titulada juridicamente ou até não titulada juridicamente, quando o titular do prédio serviente impede a utilização da serventia pelo titular do prédio dominante quando a servidão for aparente, visível, concreta, salvo quando aquele que age injustamente é a pessoa que concedeu o título).

Servidão de não construir até certa altura, servidão para o gado pastar no terreno alheio, não se pode falar em posse; se o vizinho constrói acima de determinada altura, ou se o titular do prédio serviente fecha a porteira e não deixa o seu gado pastar não há que se falar em interdito possessório, porém, você pode entrar com uma outra ação que não seja possessória (ação petitória que exija o cumprimento da serventia).

P. final do art. 1213, NCCB – em princípio não há proteção possessória na servidão não aparente, sendo que o legislador criou uma exceção: cabe a ação possessória quando os respectivos títulos provierem do possuidor do prédio serviente, neste caso, se começar a construir cabe a ação possessória por exceção para impedir que a construção se desenvolva e fira a sua vista. **(se alguém faz um contrato de servidão não-aparente com você e depois impede a utilização daquela servidão, excepcionalmente o legislador permite que, neste caso, você pode entrar com a ação possessória, embora essa servidão não seja aparente. Há uma exceção).**

A servidão, feita através de contrato, se houve a intenção de se fazer um contrato e constituir um direito real, nasce com o registro. Todo direito real imobiliário nasce com o registro de imóveis quando for constituído através de um contrato, pq existe a possibilidade de usucapião em servidão, desde que seja servidão aparente e haja posse.

Os interditos possessórios típicos, como já sabemos, são: ação de reintegração de posse, ação de manutenção de posse e interdito proibitório.

Ação de reintegração de posse

Na ação de reintegração de posse (art. 926, CPC e art. 1210, parág. 1º. do NCCB) – chamado pelos romanos de *interdito recuperandae possessionis*, ou seja de recuperação da posse perdida ilegitimamente, cabe ao autor provar a sua posse e que perdeu essa posse total ou parcialmente pelo esbulho possessório através de **violência, clandestinidade ou precariedade**, esse último vício, em sentido estrito, quando o possuidor direto, com abuso de confiança, se recusa a restituir a coisa ao possuidor indireto (**esbulho é perda, total ou parcial, da posse**).

Ação de manutenção de posse

Já a ação de manutenção de posse (art. 926 do CPC e art. 1210, parág. 1º. do NCCB) é aquela ação que cabe ao possuidor que sem, ainda, ser privado de sua posse, ou seja, sem ter perdido sua posse, total ou parcialmente, sofre turbação ou perturbação no exercício dessa posse, pedindo ao juiz uma ordem judicial que ponha termo aos atos perturbadores. Se a perturbação estiver cessada ou passada, sem possibilidade de se repetir, ou seja, não havendo a prova da posse atual, o mandado de manutenção é inócuo, cabendo apenas ao autor requerer ao juiz perdas e danos como reparação do prejuízo do ato (ilícito) que foi vítima. Essa perturbação, em regra, é de fato, ou seja, uma ofensa material efetiva sobre a coisa, como, por exemplo, colocar o gado para pastar na propriedade alheia, extrair madeira sobre ela, quebrar cercas, sendo admitido pela doutrina a chamada **turbação judicial**, quando alguém em juízo contesta indevidamente a posse legítima de alguém ou quando, por exemplo, arrola indevidamente num inventário bens possuídos legitimamente por outrem, admitida também a **turbação administrativa**, quando, por exemplo, uma autoridade, sem decreto expropriatório, começa a abrir uma estrada sobre propriedade particular (se você não tomar uma providência, ocorrerá desapropriação indireta); também se diz da possibilidade, como tipo de turbação, da chamada **turbação ou perturbação direta** que é aquela que ocorre dentro da coisa possuída, como, por exemplo, plantar na propriedade alheia que é a turbação mais conhecida. No entanto, pode acontecer a chamada **turbação indireta**, que é exercida fora da coisa, mas se reflete sobre ela, como, por exemplo, cavar um buraco na frente da propriedade alheia ou empilhar madeira indevidamente, impedindo que seu possuidor ali ingresse livremente.

Interdito proibitório

Já a ação de interdito proibitório (art. 932 do CPC e art. 1210, p.final, do NCCB) é aquele remédio possessório concedido a um possuidor que, tendo justo receio de esbulho ou perturbação iminente, requer ao P. Judiciário a cominação àquele que ameace de uma pena pecuniária a ser paga pelo autor da ameaça, se ela vier a se concretizar.

O interdito proibitório só pode ser utilizado quando houver uma ameaça séria, injusta e iminente; ameaça materializada verbalmente ou por escrito e que represente uma atitude injusta, não cabendo interdito proibitório quando a “ameaça” encerrar o exercício regular de um direito reconhecido. Ex: o possuidor direto, finda a relação jurídica mediatizada, recebe uma notificação por parte do possuidor indireto, requerendo esteh a restituição da coisa sob pena de esbulho possessório; nesse caso, não há ameaça injusta e sim exercício regular de um direito, sendo incabível, portanto, o interdito proibitório.

Aula do dia 30/09/2003.

O art. 921 do CPC permite a cumulação de pedidos nas ações possessórias típicas, ou seja, além da providência possessória propriamente dita, o autor pode cumular seu pedido com a condenação do esbulhador ou perturbador em perdas e danos, bem como o Juiz, desde

logo, determine uma pena para o caso de nova turbação ou esbulho, sendo possível também o pedido de desfazimento de construção ou plantação feita indevidamente na coisa por parte do réu. Réu, que pelo art. 922, tendo em vista a natureza dúplice da ação possessória, pode requerer também proteção possessória contra o autor bem como o pedido indenizatório.

Nos termos do parágrafo único do art. 928, sendo a possessória de força nova, o Juiz pode deferir liminarmente tal proteção sem ouvir o réu ou determinar audiência de justificação prévia onde decidirá sobre o pedido liminar. Porém, pelo parágrafo único do mesmo artigo, se a ação possessória for movida contra pessoa jurídica de direito público, ou seja, União, Estado, Município, autarquias e fundações públicas, o Juiz não pode deferir a liminar sem a audiência de justificação prévia, sabendo-se, entretanto, que as sociedades de economia mista e empresas públicas são entidades privadas e não podem se valer desse parágrafo único.

Quando o poder público invadir o terreno, estando a obra quase construída, haverá a desapropriação indireta, não cabendo ação possessória nem reivindicatória, cabendo apenas indenizatória. O interesse público se sobrepõe ao particular.

Pelo Dec. 200, empresa pública não é pública, nem as sociedades de economia mista.

Ações afins às ações possessórias.

Ação de imissão de posse. Não é uma ação possessória, mas alguns falam que há caráter possessório, o que não é verdade. O seu caráter é petitório.

Existem algumas ações mencionadas no CPC que são consideradas ações afins aos interditos possessórios que beneficiam não só o proprietário como também o possuidor. Uma delas é a ação de nunciação de obra nova, arts. 934 a 940, que é aquela ação que permite ao proprietário ou possuidor a continuidade de uma edificação de obra nova em imóvel vizinho, que esteja ou venha a prejudicar o imóvel vizinho não apenas o prédio contíguo, suas servidões ou os fins a que é destinado.

Entende-se como obra nova aquela que já esteja concluída ou em fase final de construção, ou seja, em fase de conclusão, só restando trabalhos secundários, como pintura, arremates, decorações etc., e obra aqui encarada em sentido amplo, podendo abranger inclusive escavações do solo. O réu da ação de nunciação de obra nova é o dono da obra, seja ele dono do imóvel vizinho ou não. Pode ser um simples possuidor, pode ser um possuidor com título jurídico de direito real ou pessoal. Se a obra já estiver concluída, não é cabível a ação de nunciação de obra nova, cabendo apenas a demolição da construção irregular ou a condenação em perdas e danos advinda desta construção.

Portanto, é sempre prudente e permitido a acumulação de pedidos, ou seja, nunciação visando a paralisação da obra, demolição especialmente não sendo possível essa paralisação quando a obra estiver terminada bem como as perdas e danos pelo prejuízo causado pela obra irregular. Alguma jurisprudência admite, como RT 206/097, que não sendo possível nem a paralisação nem a demolição, embora fosse a obra irregular, haveria pedido implícito de indenização.

Exemplo de que não se pode mais demolir é o caso de havendo desapropriação indireta, ao menos parcialmente atingindo o terreno vizinho. A jurisprudência tem entendido que se houver invasão mínima do terreno alheio, também não caberia mais a demolitória, especialmente se o invasor está de boa-fé e o valor da construção é superior ao valor do solo. Princípio da acessão invertida, já que o dono da construção passa a ser o dono do solo, pagando uma indenização. Princípio consagrado no art. 1258, parágrafo único e 1259 do novo código.

Observe-se que no caso mencionado, não se trata de prédio vizinho, mas uma invasão no próprio prédio.

Parte da doutrina e da jurisprudência entendem que é cabível a ação de nunciação de obra nova quando a obra prejudicial ultrapasse os limites do prédio vizinho e invada os limites do prédio ocupado pelo autor, especialmente porque o art. 573 do CC de 1916 admite expressamente que o proprietário pode embargar a construção do prédio que invada área do seu, ou sobre este deite goteiras, bem como a daquele em que a menos de metro e meio do seu se abra janela ou se faça eirado, terraço ou varanda (RT 495/085; RT 627/108).

No entanto, o art. 573 do antigo CC foi substituído pelo art. 1301 do atual código, que não mais menciona essa possibilidade. Idem o art. 934, I do CPC, que é lei posterior ao código de 1916, que menciona que essa ação pode ser proposta quando a obra é feita em imóvel vizinho apenas, levando parte da doutrina a afirmar, bem como a jurisprudência, que no caso é invasão de limites por obra do vizinho, cabendo apenas a ação possessória e não a ação de nunciação, já que a ação possessória pode ser cumulada com demolição bem como com indenização.

Tecnicamente, pelo CPC, a nunciação só é cabível nos casos de obras em terreno vizinho, já que o CPC é lei posterior ao CC de 1916.

No entanto, se houver terminado a obra, não cabe a nunciação. Só caberia possessória ou demolição. No entanto, se o valor da construção for superior ao valor do terreno, o princípio da gravitação jurídica, em que o solo é o principal e a construção é o acessório, não prevalecerá, pois há acessão invertida, nos termos do atual CC.

No antigo CC, havia a previsão de construção na totalidade do terreno alheio, onde aquele que construía em terreno alheio perde para o proprietário do terreno as construções e plantações, mas se obrou de boa-fé tem direito à indenização.

A jurisprudência é que, com base no direito italiano, começou a solucionar os casos de invasão parcial, invertendo a acessão.

Se a obra, além de invadir o terreno alheio, está atrapalhando o imóvel, caberá a ação de nunciação com demolição.

O art. 95 do CPC diz que a ação de nunciação é real, mas parte da jurisprudência diz que é pessoal.

Entende-se que a ação real é imprescritível, só podendo ser combatida com prescrição aquisitiva. A prescrição extintiva só cabe na relação entre credor e devedor. Para as pretensões reais, que não tem por objeto a prestação e sim a coisa, não cabe a devesa com a prescrição extintiva.

O art. 934, II permite ao condômino mover essa ação em face de um só proprietário a fim de impedir obra feita por este com prejuízo ou alteração da coisa comum.

E finalmente o inciso III permite que o próprio Município possa ingressar com essa ação quando algum particular construindo em terreno próprio esteja fazendo contra a lei o regulamento ou a postura municipal, havendo jurisprudência que entende que nessa hipótese o particular também poderia entrar com essa ação desde que provasse o prejuízo que a obra está lhe causando com a construção que fere as posturas municipais.

Em princípio, só o Município tem legitimidade para entrar com a ação de nunciação que fere a lei de posturas. No entanto, o STJ entende que se houver prejuízo para o vizinho, este poderá entrar com a ação.

O art. 935 permite ao nunciante realizar o embargo extrajudicial, podendo ser verbal, perante duas testemunhas, confirmado em juízo 3 dias depois, sob pena de cessar o efeito do embargo.

O art. 1277 do CC permite que haja o direito de vizinhança nos casos de violação ao sossego, à segurança e à saúde dos que habitam, provocados pela utilização de propriedade vizinha.

EMBARGOS DE TERCEIRO.

Art. 1046 a 1054 do CPC.

Os embargos de terceiro são considerados ação autônoma de impugnação sem caráter misto, ou seja, caráter possessório e petitório, porque permite tanto ao proprietário não possuidor quanto ao possuidor não proprietário, ingressarem com essa ação quando estiverem ameaçados ou de fato esbulhados ou turbados, por virtude de decisão judicial, não sendo parte no feito que os atingiu, em casos como de penhora, inventário, arrecadação, arresto, alienação judicial. Ou seja, havendo constrição judicial, o embargante requererá ao juiz a cessação da concessão até mesmo liminarmente (art. 1050 e 1051 do CPC).

A diferença dos embargos para as ações possessórias típicas é que nestas o esbulho, a perturbação ou a ameaça de esbulho ou perturbação ocorre sem determinação judicial e parte geralmente de um particular.

Já nos embargos de terceiro, o esbulho, perturbação ou ameaça à posse do embargante, ocorre por decisão judicial.

O parágrafo segundo do art. 1046 permite que a própria parte do processo de conhecimento ou de execução de onde partiu a constrição judicial, possa opor os embargos de terceiro quando defende bens que pelo título de aquisição ou qualidade de tais bens não podem ser atingidos naquele procedimento.

Exemplo: alguém que é parte em um processo tem penhorado um bem seu gravado de inalienabilidade, ou um condômino numa ação divisória que entre com embargo de terceiro sob alegação que a linha divisória determinada naquele processo está alcançando o imóvel vizinho que lhe pertence, ou seja, a parte também é terceiro quando vem a juízo defender direito diferente daquele em litígio no processo.

O STJ tem algumas súmulas sobre a matéria que devem ser mencionadas.

Em primeiro lugar a súmula 84 que revogou a súmula 621 do STF, pois permite a oposição de embargos de terceiros fundados em posse advinda de compromisso de compra e venda imobiliário mesmo que esse compromisso não tenha sido registrado no RGI. Não sendo um direito real e sim direito pessoal.

Antigamente o STF dizia o seguinte: você tem uma promessa de compra e venda de determinado imóvel, outorgada pelo proprietário, em que você não registrou a promessa, como no caso de instrumento particular, mesmo sendo irrevogável ou irretroatável, penhorava-se o imóvel objeto da promessa, não se podia entrar com embargos de terceiro, pois no caso havia um direito pessoal e não um real.

Vem o STJ e diz que o embargo de terceiro como ação autônoma de impugnação que visa livrar determinado bem da constrição judicial especialmente quando a pessoa não faz parte daquele processo, havendo equiparação da parte ao terceiro, defende tanto a propriedade quanto a posse. Então o compromisso de compra e venda em que se foi imitado na posse sem cláusula de arrependimento, esteja ou não quitado o preço, há direito de ação de obter a escritura definitiva, entrando com a ação de adjudicação compulsória. É perfeitamente possível que se o credor do promitente vendedor penhora aquele imóvel se venha a juízo juntando o compromisso de compra e venda com data anterior para livra-lo da penhora pelos embargos de terceiro.

No Brasil é temerosa essa jurisprudência.

O CPC permite, no art. 1046, § 3º, embargos de terceiro pelo cônjuge do devedor a fim de defender a sua meação quando todo o imóvel do casal é penhorado, desde a lei 4121/62 (estatuto da mulher casada), no seu art. 3º, as dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges, independentemente do regime de bens, salvo se tais dívidas aproveitarem toda família, não podem alcançar o cônjuge não devedor.

Considera-se terceiro o cônjuge quando defende a posse de bens dotais próprios reservados de sua meação. A base é a lei 4121.

O STJ entende que cabe ao embargante fazer a prova de que aquela dívida não beneficiou a família. A súmula 134 diz: “que embora intimado da penhora em imóvel do casal, o cônjuge pode opor o embargo de terceiro para defesa de sua meação”.

O STJ teve que sumular tal assunto pelo fato de haver execução em face do marido, penhorava-se o bem do casal e intimavam-se este e a mulher do ato construtivo, o cônjuge entrava com embargos de terceiro. O credor alegava que o cônjuge foi intimado da execução, sendo, portanto, parte, não cabendo embargos de terceiro e não está equiparado a terceiro.

A dificuldade que no caso de num casamento, o marido oferecer aval a um amigo, que não beneficiava a família. Houve penhora de um imóvel do casal. Entra com embargos de terceiro para proteção da meação. Como o apartamento é indivisível, o que sobrar não será o bem e sim bem diferente que é dinheiro. O que iria à praça é metade do imóvel. O STJ, na corte especial, no RESP 200/251-SP, decidiu: Sálvio de Figueiredo: que embora o cônjuge tenha sido vencedor nos embargos de terceiro, sendo o bem indivisível, penhora-se o bem todo e o cônjuge vencedor dos embargos somente terá direito à parcela do preço correspondente à sua meação.

Tem-se entendido na jurisprudência que se o bem for divisível, aí sim, penhora-se apenas a parte correspondente ao cônjuge devedor.

PROPRIEDADE.

Na CF e no novo CC.

O direito de propriedade, que é um direito real por excelência, está mencionado no novo CC no título “Dos Direitos Reais”, no art. 1225, I, e Da Propriedade em Geral, no art. 1228 e ss., seja a propriedade imobiliária e seus modos de aquisição, seja a propriedade mobiliária.

A propriedade, que os romanos chamavam de *ius in re própria*, é considerada até pelas encíclicas papais como um direito natural, ínsito do próprio ser humano, a par das doutrinas que as justificam como direito derivado da pré-ocupação e da própria lei.

A propriedade já foi um direito comunitário, familiar, místico, político, coletivo, individual, e, modernamente, tem uma forte conotação social.

A propriedade social ou a função social da propriedade, expressão que surgiu na Constituição Alemã no início no século passado, hoje é aceita tranqüilamente pela doutrina e de modo expreso figura nas constituições brasileiras a partir de 1946, ou seja, o legislador determina em especial na Carta Magna de 1988 a subordinação da propriedade ao bem estar social (arts. 5º, XXXIII; 182, § 2º; 186; 170, III; 183; 191) e no novo CC, as disposições transitórias, no art. 2035, nos dá bem a dimensão dessa função social, afirmando que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, que são regras imperativas, tais como os estabelecidos por este código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos, função social que tem como base a posse trabalho ou posse social, se contrapondo à propriedade improdutiva, cujo exemplo mais marcante, no CC, é o art. 1228, §§ 4º e 5º, que trazem um direito chamando pela doutrina de desapropriação judicial ou expropriação privada, com base na posse trabalho, expressão utilizada por Miguel Reale, jurista coordenador do novo código.

Na posse trabalho e posse social tem pouca aplicação prática, mas não é para ser assim. O art. 508 e 507 do CC de 1916 não forma repetidos pelo novo CC, que definiam para o juiz o que era a melhor posse. Os Magistrado hoje poderão decidir em desfavor do proprietário, no que diz respeito à posse.

O novo direito de expropriação privada ou social alcança o poder público? Em que momento a propriedade se transfere, na sentença ou no pagamento do preço? Quem paga o preço?

Aula do dia 02/10/2003.

Para a maioria da doutrina é um direito natural.

Hoje o conceito da propriedade como direito individual não pode ser exercido fora da função social, influenciando diretamente na posse, saindo da discussão das teorias subjetivas e objetivas da posse a vai para a posse sociológica que tem tudo haver com a função social da propriedade, já que a posse é o exercício de fato dos poderes inerentes a propriedade, o exercício deve ter como base não o individualismo do proprietário, devendo a propriedade exercer a sua função social. Começou na Constituição de Weimar na Alemanha e no Brasil com a Constituição de 1946.

O novo CC, na justificação dos motivos do Professo Miguel Reali, diz que quando o proprietário não exerce o direito com base na função social, deixando as terras improdutivas, e por outro lado o direito de moradia, tendo haver com a dignidade humana, existindo posse social, no conflito entre esses dois conceitos, o juiz decidirá em favor desta última.

Assim sendo, a melhor posse e a posse social.

Para Ihering, a posse era uma sentinela avançada da propriedade. O possuidor age com conduta de dono. O fundamento da teoria objetiva para proteção à posse era para manter pacificada o relacionamento social e porque a posse parece ser um estado de direito, além de ser um estado de fato.

O fundamento de proteger a posse não se pode fundamentar com o fundamento de dono.

Atualmente vale muito mais proteger a posse do que a propriedade.

A propriedade hoje é individual e marcadamente social e se o proprietário não der destinação social à coisa especialmente o bem imóvel, ele poderá, além de perder a demanda possessória em favor do possuidor não proprietário que vem exercendo a posse trabalho, ou seja, a posse social, também sob o aspecto da moradia, direito fundamental do art. 6º da CF, ele pode perder o próprio direito de propriedade, seja pela desapropriação iniciada pelo poder publico (art. 5º, XXIV da CF), seja pelo direito novo da expropriação judicial ou privada do art. 1228, §§ 4º e 5º do CC, seja pela usucapião constitucional urbana ou rural, pelas modalidades clássicas de usucapião infraconstitucional extraordinário e ordinário, que hoje no novo código se apresentam também com base na posse social nos art. 1238, parágrafo único, que é o usucapião extraordinário com base na posse social, 1242, parágrafo único, que é o usucapião ordinário com base na posse social e o usucapião coletivo urbano da lei 10.257/01, que é o estatuto da cidade.

O direito de propriedade, ou *ius in re própria*, que é o direito sobre a coisa própria, é um direito real por excelência, o mais completo possível, que pode ser definido como a senhoria da pessoa sobre a coisa, corpórea, em regra, podendo excepcionalmente tal coisa ser semi-incorpórea ou incorpórea. Pode ser definido como o poder jurídico do sujeito de direito sobre a coisa própria, oponível erga omnes, ou seja, com exclusão de toda ingerência alheia, sendo classificado como direito subjetivo absoluto, tendo por objeto o bem imóvel ou o bem móvel.

A coisa, que é o objeto imediato do direito real, pelo direito romano, normalmente é o bem corpóreo, tangível e visível. No entanto, admite-se direito real sobre coisa semi-incorpórea incorpórea, como o ar, o gás, a propriedade intelectual etc.

O que fica claro na propriedade é o seu poder jurídico.

Pelo seu conceito, propriedade é o poder jurídico sobre a coisa corpórea oponível erga omnes e também protegido também especialmente pela ação reivindicatória. A posse é o poder de fato, só que sobre a coisa própria ou alheia com a autonomia e estabilidade. A posse nem a propriedade são definidas nos códigos do mundo.

O conceito de propriedade, portanto, ressalta claramente seus dois aspectos.

Em primeiro lugar, o aspecto interno da propriedade, que representa o poder que o proprietário exerce sobre a coisa própria, direta e imediatamente;

Em segundo lugar, o aspecto externo do direito de propriedade, ressaltado na parte final do art. 1228 do novo código, que substitui o art. 524 do código de 1916. Esse aspecto externo permite que o proprietário oponha os seu poder de maneira absoluta a quem quer que seja, já que a ninguém é permitido ingerir-se na propriedade alheia, em regra, sem autorização do dono.

Uma das exceções é o **direito de auxílio mútuo**, no direito de vizinhança, quando, por exemplo, um caso de esgoto que tem ligação com a casa de alguém estoura na parte que se encontra na casa do vizinho, podendo aquele avisar ao vizinho, entrar na casa e proceder ao conserto.

O aspecto externo da propriedade permite também ao proprietário, que comprovando o seu domínio, possa reivindicar através da seqüela o bem objeto do seu direito das mãos de quem quer injustamente a detenha, seja um possuidor injusto, seja um detentor. Isso se faz especialmente pela ação reivindicatória, *res vindicare*, pedir a coisa em juízo, que é a ação do proprietário ou pessoa a ele equiparado, não possuidor, para obter a restituição da coisa em face do possuidor injusto não proprietário.

Exemplo de ação petítória para reivindicar a propriedade em que não se pode provar documentalmente a propriedade na inicial é a ação publiciana, que é uma espécie de reivindicatória de um dono que não pode comprovar domínio, como no caso de alguém que já usucapiu mas não tem título.

O STJ entende que o promitente comprador pode entrar com a reivindicatória quando tiver o título registrado, preço quitado e não há cláusula de arrependimento, equipara-se ao dono.

Assim sendo, outras ações que protegem a propriedade são: a ação publiciana, assemelhada à reivindicatória que é a ação do dono da coisa adquirida por usucapião, que ainda não tem sentença declaratória de domínio, uma espécie de reivindicatória sem exibição de título documental da propriedade; a ação de imissão de posse, que é a ação do proprietário que nunca teve a posse para obtê-la de um possuidor injusto; nunciação de obra nova, que pode ser utilizada pelo proprietário ou pelo possuidor; os embargos de terceiros, quando é utilizado em defesa da propriedade e não da posse; a ação de dano infecto, normalmente como medida cautelar, usada pelo proprietário ou possuidor para obter do proprietário do prédio vizinho uma calção, ou seja, uma garantia de que se houver ruína do prédio vizinho prejudicando o seu prédio, já existe um valor garantindo a indenização; a ação confissória de servidão ou de outro direito real menor, em que o proprietário pretende a declaração de existência desse direito; a ação negatória de uma servidão ou outro direito real menor, em que o proprietário pretende a declaração de que o seu imóvel não é onerado por servidão ou direito real menor.

A ação de vizinhança é uma ação mista, pois pode ser proposta tanto pelo proprietário como pelo possuidor.

Há as ações atípicas, sem nome específico, que tutelam os mais variados direitos.

As ações de nunciação de obra nova não cabem quando a obra já estiver praticamente acabada. O que cabe é a demolitória. (controvertido).

O melhor é cumular as ações de nunciação, demolitória e indenização.

O art. 1228 do novo código assegura, como fazia o código anterior, o poder do proprietário de usar da coisa, ou seja, utilizar-se dos seus serviços quando, por exemplo, estiver morando, plantando, cercando etc. É o *ius utendi* do direito romano. Pode também fazer a coisa frutificar, retirando dela seus frutos e produtos. Quanto aos frutos, sejam os naturais, os civis e os mistos.

Fruto é tudo aquilo que a coisa periodicamente produz sem desfalque da coisa.

Frutos mistos ou industriais são aqueles provenientes da intervenção do homem ou da natureza.

Produto é tudo aquilo que a coisa periodicamente produz com desfalque da coisa, como a pedra.

Ius abutendi é direito de dispor da coisa, seja cedendo os serviços da coisa, aliena-la, grava-la etc. Pode destruí-la, em princípio, sem limitações, podendo constituir sobre ela novos direitos reais menores, pelo princípio da elasticidade ou fragmentação da propriedade.

Embora ainda hoje diz-se que a propriedade é absoluta, até por força desses poderes sobre o ponto de vista interno e também sobre o ponto de vista externo da oponibilidade erga omnes, é certo que a propriedade cada vez mais sofre inúmeras limitações, sejam limitações pela sua própria função social, seja limitações administrativas, que limitam inclusive o seu poder de construir livremente por força de gabaritos, recuos, seja pelo respeito ao patrimônio histórico nos casos de tombamento, seja pelo respeito ao meio-ambiente, inclusive com responsabilidade civil (art. 1228, § 1º do novo CC), seja porque não pode nem deve haver em relação ao objeto do seu direito de abusiva, sendo o abuso de direito considerado ato anti-jurídico e até mesmo ato ilícito, o que deve ser observado no caso concreto, a par da redação do art. 187 do novo CC, que o regula e também 1228, § 2º, onde o legislador proíbe o abuso de direito inerente, específico ao direito de propriedade, seja através de qualquer meio da utilização anormal da propriedade, já que os direitos de vizinhança são tutelados em capítulo próprio, tanto no novo código (arts. 1277 e ss.) quanto no antigo (arts. 554 e ss.).

O direito de vizinhança está em um capítulo próprio porque, para a maioria da doutrina, não são direitos reais. Trata-se de um direito misto.

Em relação ao abuso de direito, no art. 187, que tem uma regra genérica, não existente no código anterior, é sempre um ato ilícito, o que não é verdade (em contrário Moreira Alves).

Para Clóvis Beviláqua, toda vez que houvesse um abuso de direito haveria um exercício irregular de direito, havendo ato ilícito.

Modernamente, ato ilícito é fonte de responsabilidade civil, devendo existir obrigatoriamente a violação do dever jurídico pré-existente, a culpa lato sensu, dano material ou moral e nexo de causalidade.

Pode ocorrer abuso de direito em que exercita irregularmente o direito de propriedade que não está configurado como ato ilícito, como no caso do pai que não deixa o filho viajar ao encontro da mãe. É abuso de direito não mão é ato ilícito.

Cláusula abusiva nas relações de consumo é outro exemplo de abuso de direito mas não é ato ilícito.

Transportando o abuso de direito para a propriedade, este está no art. 1228, § 2º do CC:

“São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, se sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”.

Obs. O art. 1228 do novo CC diz que o proprietário pode reaver a coisa de quem quer que injustamente a possua, ou seja, um possuidor sem título jurídico, ou detenha, no sentido de um detentor jurídico ou mero detentor. Para alguns, essa expressão é errônea, não devendo estar no artigo, já que a ação reivindicatória não deve ser dirigida em face do detentor e sim em face do possuidor. Sendo dirigida em face de um detentor, deve o mesmo nomear o verdadeiro possuidor à autoria.

No entanto, há quem entenda, como o professor Leone, que não há incorreção nessa expressão, já que o proprietário não teria o ônus de indagar do invasor se ele é possuidor ou detentor, cabendo simplesmente ao detentor nomear o possuidor à autoria. O que o legislador quis foi esclarecer o fato.

No caso de um possuidor pleno desmembrar a posse em direta a indireta. Tempos depois, terceiro entra com uma reivindicatória. O possuidor direto pode denunciar a lide visando indenização.

Art. 1228, § 1º. O que está aqui tem base constitucional, tendo haver com a função social da propriedade.

Tutela no fundo o direito à vida.

Art. 1228, § 2º. Fala do abuso de direito em relação ao exercício do direito de propriedade. Geram ações de vizinhança bem como de responsabilidade civil.

Art. 1228, § 3º. Fala da privação por parte do proprietário do seu direito de propriedade nos casos de desapropriação administrativa ou judicial, por parte do poder público, quem tem por base necessidade ou utilidade pública ou interesse social no caso de desrespeito à função social da propriedade. Essa desapropriação está regulada na CF no art. 5º, XXIV, se efetivando mediante justa e prévia indenização em dinheiro, e está regulamentada por inúmeras leis, tanto em relação à propriedade urbana quanto em relação à propriedade rural. Em termos de desapropriação para fins de reforma agrária, por interesse social, vide o art. 184, §§ 1º a 5º, 185 a 187 da CF88.

O que interessa especificamente como novidade é o art. 1228, §§ 4º e 5º.

O art. 1228, §§ 4º e 5º trazem uma novidade legislativa muito importante que na prática representa um efeito da teoria sociológica da posse, que ressalta a importância da posse trabalho, derivada da função social da propriedade, fazendo com que a falta do exercício da propriedade com base na função social desta em contra posição à posse trabalho ou posse social, faça com que o proprietário perca a sua propriedade em favor dos possuidores não sendo esse direito uma desapropriação de iniciativa do poder público, prevista na CF, nem sendo hipótese de usucapião. Trata-se do direito à aquisição de propriedade imóvel com base na posse social, chamado pela doutrina de **expropriação privada** ou **desapropriação judicial**, que tem os seguintes requisitos:

- a) Extensa área de terra, sendo regra aberta;
- b) Posse ininterrupta por mais de 5 anos;
- c) Que essa posse seja coletiva, exercida por considerável número de pessoas, hipossuficientes ou não;
- d) Que seja uma posse de boa-fé, entendida como sendo a boa-fé subjetiva, que o possuidor ignora o vício possessório.

Obs. Em princípio, nenhum invasor é possuidor de boa-fé, já que todo invasor sabe ou deveria saber, principalmente se tiver alguma cultura, que se está utilizando de um bem sobre o qual não tem título jurídico, não tendo um direito anterior. No entanto, é possível, especialmente em casos de comunidades carentes despossuída de cultura e de meios materiais, alegar a existência de posse de boa-fé até com rusticidade ou então com base no direito de moradia, com matriz constitucional, supra-individual, do art. 6º da CF.

É preciso que além da boa-fé, haja posse social, ou seja, que os possuidores, em conjunto ou separadamente, tenham realizado na coisa obras e ou serviços, por exemplo, acessões, plantações etc., consideradas pelo julgador de relevante interesse social ou econômico.

O parágrafo quarto do art. 1228 diz que esse direito, preenchidos os requisitos legais, é suscitado ou requerido em contestação na ação reivindicatória (ou então em uma ação de imissão de posse). Porém, o Professor Nelson Nery defende que possa tal direito ser exercido através de reconvenção ou ação declaratória incidental, e também que o próprio proprietário, conformado, possa pleitear a indenização, o pagamento do preço que faz parte desse direito, prevista no parágrafo quinto do mesmo art. 1228, através de ação própria.

Pela lei só pode ser exercido tal direito na contestação da reivindicatória. Não é verdade. Pode-se reconvir ou entrar com a declaratória incidental.

Pode o proprietário entrar com a ação indenizatória.

Aula do dia 07/10/2003.

Expropriação privada ou expropriação judicial.

Não se confunde com a desapropriação efetuada pelo poder público, nem com a desapropriação indireta.

Havia o prazo de 20 anos para propor a ação de indenização pela desapropriação indireta. Agora, há uma medida provisória reduzindo o prazo para 5 anos.

Questiona-se a constitucionalidade da medida provisória, pois o fundamento do prazo anterior era o da aquisição pelo usucapião extraordinário, que era o maior prazo. Hoje o maior prazo de prescrição, pelo art. 205 do CC, são 10 anos.

Outro requisito para a expropriação privada ou judicial está contido no parágrafo 5º do art. 1228 do CC, que determina ao Juiz, desde que preenchidos os requisitos legais, a fixação de uma justa indenização devida ao proprietário, afirmando o legislador que só depois do pagamento do preço é que a sentença que reconhece o direito aos possuidores valerá como título para que o imóvel possa ser transferido para os possuidores, ou seja, somente após o pagamento e registrada a respectiva sentença é que a propriedade passará a pertencer aos possuidores.

A base desse direito é a composses social. Deve existir um condomínio.

O art. 1245 do novo CC trata da transmissão da propriedade pelo registro do título.

Quanto à constitucionalidade desse direito em que há perda da propriedade sem previsão na CF, o enunciado 82 da Jornada de Direito Civil no STJ, em setembro de 2002, diz que ele é constitucional já que atende ao princípio de que a propriedade deve realizar sua função social (art. 5º e o art. 186, I a IV da CF). No mesmo encontro, o enunciado 83 diz que esse direito não é aplicado quando é o poder público que propõe a ação petítória, ficando reservada a sua invocação para o litígio entre particulares.

Já o enunciado 84 diz que esse direito de aquisição da propriedade com base no interesse social, que deve ser argüido pelos próprios réus, só se materializaria com o pagamento da indenização, não através do poder público, e sim pelos próprios réus, ou seja, é a comunidade que deverá pagar o preço. A única saída para a comunidade carente pagar o preço, é o perito não pode levar em consideração as acessões e benfeitorias realizadas pelos invasores.

E sentença que o juiz julga improcedente a reivindicatória, reconhecendo o direito dos réus é declaratória condicional. A sentença não transfere a propriedade, devendo ainda ser realizado o pagamento do preço e feito o devido registro.

Com relação à aquisição, seduz, em princípio de que é originária, porque adquire o direito sem a participação do anterior proprietário. Mas encontrará posicionamentos de que é derivada, pois há pagamento de preço.

A vantagem de ela ser originária é a possibilidade de apagar todos os direitos anteriormente constituídos sobre ela, indo livre e desembaraçado para os possuidores.

Em termos de direito intertemporal, é possível se discutir qual o termo inicial para a contagem do prazo para obtenção desse direito e se é possível ou não considerarmos uma posse exercida sobre o imóvel com caráter social antes da entrada em vigor do novo CC, 11/01/2003, prazo que é de 5 anos e que as disposições transitórias, nos art. 2029 e 2030 acrescem de mais 2 anos, se a posse já iniciou dentro do período que vai da vigência do novo código até 2 anos, ou seja, 11/01/2005, o que daria um total de 7 anos.

Alguns entendem que o direito em questão é direito novo e desse modo seu prazo conta-se a partir da entrada em vigor do novo código não se aproveitando o tempo decorrido anteriormente, até para não surpreender o proprietário, admitindo Maria Helena Diniz, no código civil comentado de Ricardo Fiúza, que se pode contar o tempo de posse decorrido a partir da *vacatio legis*.

O raciocínio é o mesmo utilizado quando o usucapião urbano entrou em vigor com a CF88. Quando alguém já estava com quase 5 anos ou já tinha completado 5 anos de posse na terra quando entrou a CF em vigor, entrava-se em juízo pleiteando a consumação do usucapião constitucional, contando-se o prazo anterior.

No entanto, como se trata de direito novo, só se pode contar o prazo a partir da vigência da CF. Há questionamento quanto à computação do prazo da *vacatio*, entendendo alguns que sim e outros que não. Maria Helena Diniz entende que é a partir da *vacatio*, já que o proprietário não estará surpreendido.

No entanto, a própria Maria Helena Diniz e o professor Nelson Nery Junior já estão defendendo que, para obtenção desse direito, é possível somar-se a posse social exercida antes da entrada em vigor do novo Código, completando-se o tempo mencionado sob a vigência do código novo. Esses autores entendem que se trata de um direito derivado da garantia constitucional da função social da propriedade, art. 5º, XXIV, art. 28, 170, III da CF, e sendo uma regra de ordem pública tem incidência imediata nas relações jurídicas continuadas e nos termos do art. 2035, parágrafo único do CC, não se há de falar em ato jurídico perfeito, direito adquirido nem retroatividade das leis.

Então, há dois argumentos: o da contagem se iniciar a partir do novo código, podendo ser da *vacatio*, e o argumento de se aproveitar o prazo anterior, pois não há surpresa alguma, pois se começou antes terá que se acrescentar dois anos, e tendo um ano de *vacatio*.

A natureza jurídica da expropriação privada seria um modo de aquisição originária de propriedade, através de uma sentença declaratória condicional ao pagamento do preço, se baseia na posse trabalho e decorre da função social da propriedade, tendo haver também com a teoria sociológica da posse.

CARACTERÍSTICAS DO DIREITO DE PROPRIEDADE.

1- Direito Absoluto:

O direito de propriedade permanece no novo código como um direito absoluto, já que o proprietário pode exercitar livremente os poderes ou faculdades do domínio sobre o ponto de vista interno e externo, porém, o direito moderno consagra inúmeras restrições a esse absolutismo, desde a função social da propriedade, as leis e regulamentos administrativos, até os direitos de vizinhança.

Obs: o objeto do direito de propriedade é o bem imóvel ou móvel e em regra o bem corpóreo, porém, os doutrinadores admitem que o objeto desse direito possa excepcionalmente ser um bem semi-incorpóreo ou até incorpóreo, já que alguns entendem que esse fenômeno ocorre na chamada propriedade literária, científica e artística, embora com a supressão do parágrafo único do art. 524 do antigo CC, não mantido no novo diploma, haja quem entenda que os direitos autorais não são direitos de propriedade nem direitos da personalidade, que seriam subjetivos absolutos, e sim direitos pessoais de aproveitamento exclusivo do autor, estando hoje regulamentados em leis especiais.

Oliveira Ascensão, que é ídolo do Leone, e o Professor Roldão, aplicam o art. 83, III do novo código: “Consideram-se móveis para os efeitos legais: (...) III – os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações”. Este artigo substitui o art. 48, III do antigo código: “III – os direitos de autor”.

Então a tendência hoje em dia é dizer que os direitos do autor não são direitos absolutos, não cabendo a proteção dos interditos.

2- Exclusividade:

O direito de propriedade, nos termos do art. 1231 do CC é exclusivo, ou seja, não se pode ter sobre a coisa, que é um objeto do direito, dois ou mais direitos de propriedade, até mesmo no caso do condomínio ou comunhão no domínio, quando haverá um só direito de propriedade exercido por duas ou mais pessoas.

3- Ilimitada:

Ilimitação da propriedade (art. 1231) significa que a lei confere ao proprietário o poder de retirar da coisa todas as suas utilidades em qualquer dos seus recantos, sem precisar tolerar atos de concorrência por parte de quem quer que seja, salvo quando a lei expressamente determinar. A ilimitação do direito de propriedade é presumida a favor do proprietário, sendo, porém, uma relação relativa ou *iuris tantum*, ou seja, quem afirmar que a propriedade alheia está gravada de ônus ou sobre ela existem direitos reais menores, é que terá que comprovar através da ação confessória a existência de tais restrições.

4- Perpetuidade do direito de propriedade:

O direito de propriedade é perpétuo, não no sentido da sua imortalidade, mas no sentido de ser duradouro, estável, permanente, ou seja, o direito existirá enquanto a coisa, seu objeto não perecer, além disso, o direito de propriedade é perpétuo, pois ele não se perde, não deixa de existir pelo não uso por parte do proprietário, salvo se outra pessoa, atendidos os requisitos legais, venha a adquiri-lo contra a vontade do proprietário, através da usucapião, da aquisição da propriedade por posse social etc.

Não se perde a posse nem a propriedade pelo não uso.

5- Elasticidade.

Significa que o proprietário pode desmembrar o seu direito de propriedade deslocando alguns de seus poderes ou faculdades em favor de outrem, criando sobre ela direitos reais paralelos, direitos reais menores, mencionados no art. 1225, II a X, do novo CC, a título de exemplo. Direitos que serão temporários. Extintos esses direitos, a propriedade que foi fragmentada volta a sua posição anterior, voltando a ser plena.

CLASSIFICAÇÃO DA PROPRIEDADE OU TIPOS DE PROPRIEDADE.

Em primeiro lugar, temos a propriedade imobiliária, aquela que tem por objeto um bem imóvel e que sempre foi considerada pelo homem como o direito mais importante ou valioso, porém, na atualidade, existem bens móveis como ações de sociedade, quadros de pintores famosos, que passaram a ser muito mais valiosos que esses bens imóveis, cujos tipos e regulamentação no novo código se encontram no art. 79 a 81, sendo classicamente definido o bem imóvel como aquele que não pode ser removido sem destruição, fratura ou dano. O legislador, por vezes, concede o caráter de bem imóvel para efeitos legais direitos sobre bens incorpóreos, como por exemplo, o art. 80, II, o direito à sucessão aberta, ou seja, o direito hereditário ou de herança.

Direito de herança é bem imóvel por destinação legal, independentemente de existirem no acervo inventariado bens móveis e esse direito é indiviso até a partilha, formando-se um condomínio e uma composses hereditária entre os co-herdeiros (art. 1791, parágrafo único).

Um dos efeitos de se considerar a herança um bem imóvel é o fato de que quando o herdeiro quiser ceder, após a abertura da sucessão e antes da partilha, o seu quinhão hereditário, deve fazê-lo por escritura pública (arts. 108 e 193, §§ 1º a 3º do novo código).

No direito brasileiro, ao contrário do sistema franco-italiano, a regra para aquisição de propriedade através da convenção, é que esse direito só se transfere com o registro do título translativo, normalmente escritura pública, no RGI (art. 1245, § 1º).

Existem outras hipóteses de aquisição de propriedade imobiliária na lei civil brasileira, além do registro do contrato no RGI, como, por exemplo, o usucapião, a acessão, o direito hereditário, a desapropriação, o regime de bens no casamento etc.

Da propriedade mobiliária.

É a propriedade cujo objeto é um bem móvel, aquele que pode ser removido sem destruição, fratura ou dano, regulamentada pela parte geral, nos arts. 82 a 84, podendo haver remoção por movimento próprio, o chamado semovente, ou remoção por foca alheia, admitindo a lei que possa haver bens móveis para efeitos legais, tendo por objeto direitos, ou seja, bens incorpóreos. No direito brasileiro, a propriedade móvel não se adquire pelo contrato e sim pela tradição, a entrega da coisa com intenção de transferir a propriedade, seja real, seja ficta ou simbólica, consensual ou legal, prevendo o legislador outros modos de aquisição de propriedade mobiliária, tais como o usucapião, ocupação, achado de tesouro, apreensão da coisa de ninguém ou abandonada (ocupação), direito hereditário e regime de bens.

Obs: quando o objeto do negócio é um bem imóvel, a forma desse negócio, em regra, é solene. A escritura pública (art. 108 do novo CC) deve ser observada, sob pena de nulidade do negócio, se o valor for superior a 30 salários (art. 166, IV), sendo também necessária, em regra, a outorga uxória ou marital, ou seja, a autorização do outro cônjuge. No CC de 1916 essa autorização era devida, qualquer que fosse o regime de bens (arts. 235 e 242) e a falta dessa autorização, não suprida pelo Juiz, para Laércio Mauro, geraria a nulidade do negócio por ausência de solenidade indispensável (art. 145, IV do antigo CC).

Para o STJ, no entanto, a falta dessa autorização geraria apenas a anulabilidade do negócio, tendo em vista que o negócio poderia ser ratificado pelo não autorizante (art 252, parágrafo único e 255 do antigo CC).

Esse raciocínio continuará a ser discutido caso se entenda que tal regra continuará a valer para todo tipo de casamento.

No novo CC o princípio dos art. 1647 e 1687 é de que em regra nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, a título gratuito ou oneroso, onerar ou gravar bens imóveis, comuns ou não, salvo no regime de separação de bens.

Art. 1647: “Ressalvado o disposto no art. 1648 (suprimento judicial), nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto **no regime da separação absoluta**: I - alienar ou gravar bens imóveis”.

Afinal, o que o legislador quis dizer com regime da separação absoluta?

Trata-se de má redação do legislador, criando termo não especificado na lei, já que hoje, as separações convencionais são sempre absolutas, não existindo mais em vigor o art. 259 do antigo CC.

Resolve-se a questão lendo-se o art. 1687:

“Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real”.

“Estipulada a separação” significa que a mesma foi convencional, chegando-se a seguinte conclusão:

Embora a redação da parte final do art. 1647 possa suscitar dúvidas sobre qual dos regimes de separação dispensa a outorga uxória na alienação de bens imóveis, se é na separação convencional ou na legal ou obrigatória, ou sem ambas as separações, ter a leitura do art. 1687, o regime de bens que dispensa a autorização do outro cônjuge para a alienação de bens imóveis é o da separação convencional de bens, aquela feita através de pacto antenupcial e que consagra o princípio da autonomia de vontade.

Hoje em dia, a falta de autorização do outro cônjuge, quando necessária, dependendo do regime de bens, está expresso no novo código, torna o ato meramente anulável e não nulo (art. 1649, parágrafo único).

No regime de participação final dos aquestos, que veio substituir o regime dotal, o legislador permite a dispensa da autorização do outro cônjuge para alienação de bem imóvel desde que haja convenção expressa nesse sentido (art. 1656). Idem no regime da comunhão parcial (art. 1665). Assim sendo, pode-se pactuar a dispensa da cláusula.

Pergunta: Alguém se casou sob o regime separação convencional de bens, sob o império do CC anterior. Tem bens particulares. Querendo vender o apartamento próprio é necessário a outorga uxória?

Aula do dia 14/10/2003.

Obs: é importante anotar que tanto o código de 1916, quanto o novo, traz regra especial protetiva em favor dos incapazes em geral (art. 1691, parágrafo único, 1748, IV, 1750 e 1774) no sentido de que só é possível a alienação de bens imóveis pertencentes a incapaz mediante autorização judicial comprovada em juízo a necessidade e a utilização da alienação para o incapaz e não para o seu representante legal. Procedimento fiscalizado pelo Ministério Público, nomeando-se curador especial para aquele procedimento defendendo os interesses do incapaz, tendo em vista o conflito de interesses presumido entre o incapaz, seu representante ou assistente legal (art. 1692 do CC c/c art. 9º, I do CPC). Na falta destas formalidades (parágrafo único do art. 1691) o incapaz, seus herdeiros ou o atual representante legal pode pleitear a declaração de nulidade da alienação, alienação que pode ter sido total ou parcial.

Os pais têm o poder familiar em relação aos filhos. O tutor tem o exercício do poder familiar em relação a pupilo. O curador tem o exercício do poder familiar em relação ao curatelado. Toda vez que um filho menor com representante ou assistente, posto sob tutela ou outro ato relativo, é indispensável determinada formalidade. O bem imóvel de incapaz é inalienável por disposição legal.

Tal artigo deve ser lavado a uma extensão aos bens móveis de expressivo valor patrimonial, haja vista que atualmente há bens móveis que tem valores muito superiores a determinados bens imóveis.

No processo, funcionam o Ministério Público e o Curador Especial, que pela Lei Complementar n. 80 é um Defensor Público. Tem de provar a necessidade e a vantagem para o incapaz.

Há todo um sistema de proteção do incapaz.

PROPRIEDADE PLENA.

É aquela propriedade completa, integral, quando o proprietário tem em mãos todos os poderes inerentes ao domínio, seja do ponto de vista interno (uso, gozo e a disposição), seja do ponto de vista externo (oponibilidade erga omnes e a reivindicação). Em suma, a propriedade plena (art. 1228 caput e art. 1231, primeira parte do CC) é aquela livre e desimpedida que não está onerada de nenhum outro direito real menor, tendo seu proprietário o pleno exercício da coisa.

Pelo art. 1231, a propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário. Significa que se alguma outra pessoa alega que tem um direito qualquer sobre a propriedade alheia, como há uma presunção de que a propriedade é plena, essa outra pessoa é que tem que fazer a prova em juízo de que tem direito real sobre coisa alheia. Pegando-se uma servidão sobre imóvel vizinho, uma servidão não titulada, adquirida por usucapião, a este é que caberá a prova. Há uma presunção iuris tantum em favor do proprietário.

Em contra posição a propriedade plena, temos a propriedade limitada que é aquela que está onerada por ônus ou direito real, como por exemplo, uma propriedade que incide sobre ela um direito real de usufruto, um direito real de superfície, um direito real de garantia, como uma hipoteca, por exemplo, havendo aqui uma limitação temporária dos poderes do domínio em relação ao exercício deles pelo proprietário. Quando a limitação ou restrição ao direito de propriedade é meramente temporal em virtude de um evento contemporâneo ou até por um evento superveniente, diz-se que a propriedade é temporária na chamada propriedade resolúvel, que se divide em propriedade resolúvel em sentido estrito e propriedade revogável, cujos efeitos estão disciplinados nos art. 1359 (propriedade resolúvel em sentido estrito) e 1360 (propriedade revogável). Na propriedade temporária não há limitação nos poderes ou

faculdades do domínio. O proprietário resolúvel ou revogável pode usar, fruir e dispor da coisa, reavendo-a de quem quer que injustamente a detenha. A limitação só ocorre no tempo, tendo em vista que ao ocorrer o evento resolutivo ou a revogabilidade, ocorre a perda da propriedade para o proprietário atual e ganha a propriedade o proprietário diferido.

Quando se fala em propriedade limitada, art. 1231 do novo CC a contrário sensu, o proprietário sofre uma limitação nos poderes ou faculdades do domínio.

Quando se fala em propriedade temporária, entrando no assunto da propriedade resolúvel, que se divide em propriedade resolúvel em sentido estrito, e propriedade revogável, a limitação da propriedade não é nos poderes do domínio. Ocorrendo determinado evento, perde-se a propriedade. A limitação é no tempo e não em relação aos poderes.

Os autores tratam da propriedade resolúvel e da propriedade revogável. Na verdade todas as duas são propriedades resolúveis, já que estão sujeitas a se extinguir por uma condição ou termo. Propriedade revogável está sujeita a se extinguir por uma causa superveniente à aquisição.

Quando o legislador, no capítulo VIII com o título “Da Propriedade Resolúvel”, em seus artigos 1359 e 1360, que tem efeitos diferentes, já que o primeiro tem efeitos para trás e o segundo para frente, a propriedade resolúvel, que são sinônimos, possuem uma divisão interna. O primeiro trata da propriedade resolúvel em sentido estrito, e a propriedade revogável ou ad tempus no segundo.

Na realidade, a expressão “propriedade resolúvel” é sinônima de propriedade temporária em sentido amplo. Essa propriedade resolúvel em sentido amplo se divide quanto à sua aplicação e quanto aos efeitos em propriedade resolúvel em sentido estrito (art. 1359 do novo Código, 647 do antigo), doravante denominada simplesmente de propriedade resolúvel. Já a propriedade revogável ad tempus, doravante denominada simplesmente de propriedade revogável está disciplinado quanto a sua aplicação e seus efeitos no art. 1360 do novo CC e 648 do antigo.

PROPRIEDADE RESOLÚVEL.

É aquela sujeita à condição a termo resolutivo, ou seja, aquela propriedade que vai se resolver ou se extinguir para o seu titular por força de um evento futuro previsto em regra pela vontade das partes e no próprio negócio jurídico que deu origem a esse tipo de propriedade, portanto, contemporânea à realização desse negócio, que está disciplinada hoje no art. 1359 do CC, que diz que se ocorrer ou quanto ocorrer a condição ou termo previstos expressamente pela partes no momento do negócio jurídico, a propriedade se extingue para o proprietário resolúvel, se transfere automaticamente para o beneficiado pelo evento resolutivo ou proprietário diferido, tendo o evento resolutivo efeitos retroativos à data do negócio, ex tunc, aniquilando os eventuais direitos constituídos na pendência da condição ou termo que sejam incompatíveis com o direito do proprietário diferido que pode reivindicar a coisa nas mãos de quem quer que a esteja possuindo ou detendo.

A parte geral do CC regulamenta os chamados elementos essenciais e também os elementos acidentais do negócio jurídico, a condição, o termo e o encargo.

Condição é a cláusula que subordina os efeitos de um negócio jurídico a um evento futuro e incerto, podendo ser suspensiva ou resolutiva, tendo como características a incerteza e a futuridade. Esta atualmente nos art. 121 a 128.

Termo, por sua vez, é a cláusula que subordina os efeitos do negócio jurídico a um evento futuro e certo, podendo ser o termo suspensivo ou resolutivo (art. 131 a 135 do novo CC).

Porém, o legislador resolveu disciplinar especificamente a inserção de uma condição ou termo em relação ao direito de propriedade no art. 1359 como exceção ao princípio de que o direito de propriedade é perpétuo e irrevogável.

Em suma, condição e termo na parte geral abrange qualquer tipo de direito subordinado a elementos acidentais. Em relação à propriedade tem disciplina específica no art. 1359.

Obs: o proprietário resolúvel, a não ser que haja cláusula de inalienabilidade, é dono da coisa, portanto, pode usar, fruir, dispor do objeto da sua propriedade livremente. Pode transferir essa propriedade para terceiros, a título gratuito ou oneroso. Pode fazer incidir sobre ela direitos reais menores ou direitos pessoais como locação, comodato etc.

Porém, quando ocorrer o evento resolutivo o novo adquirente perde a propriedade ou o direito real ou pessoal em favor do proprietário diferido e aquele que perdeu a propriedade não pode querer permanecer na coisa ou pleitear indenização alegando boa-fé, pois a cláusula resolutória consta expressamente do título a não ser que em se tratando de bem imóvel o título não tenha sido levado a registro, como diz Beviláqua, ou para alguns, se tratando de bem móvel, não esteja sujeito a registro. A alienação fiduciária é um exemplo de bem móvel que deve ser levado a registro.

Se o interessado, o proprietário diferido, foi negligente e o título foi registrado sendo bem imóvel ou não estava sujeito a registro sendo bem móvel, ocorrendo o evento resolutivo, tendo o bem sido alienado pelo proprietário resolúvel que podia fazê-lo a um terceiro de boa-fé, esse bem se manterá nas mãos de terceiro, já que segundo a melhor doutrina o evento resolutivo não operará retroativamente, cabendo ao proprietário diferido apenas perdas e danos em relação ao alienante proprietário resolúvel.

Caberia usucapião em propriedade resolúvel?

É perfeitamente possível que haja da parte de terceiro a aquisição da propriedade resolúvel por usucapião tendo em vista tratar-se de aquisição originária permitida pelo legislador. Porém, o terceiro usucapiente se torna dono não de uma propriedade plena e sim de uma propriedade resolúvel e, portanto, está sujeito aos efeitos retroativos do evento resolutivo extinguido-se para ele a propriedade quando o evento ocorrer.

Ex: doação com cláusula de reversão (art. 547, parágrafo único do CC). Na doação com cláusula de reversão o doador estipula no título da doação que o bem doado deve retornar ao patrimônio dele doador se o donatário falecer antes do autor da liberalidade. Portanto, o donatário é um proprietário resolúvel. Caso o doador venha a falecer antes do donatário, aí sim a propriedade do donatário torna-se plena. Se o donatário, no entanto, falecer antes do doador, o bem doado não vai para os herdeiros do donatário e sim retorna ao proprietário diferido ou doador.

O efeito retro operante da propriedade resolúvel só ocorre em relação a eventuais direitos incompatíveis com o direito do proprietário diferido. Os atos de administração feitos na pendência do evento resolutivo pelo proprietário resolúvel, os direitos pessoais concedidos naquela pendência, as acessões e benfeitorias necessárias e úteis realizadas também durante a pendência, e os frutos produzidos pela coisa naquele período pertencem ou são creditados em favor do proprietário resolúvel ou do adquirente dessa propriedade que são possuidores de boa-fé.

A propriedade do fiduciário na substituição testamentária em fideicomisso (art. 1952 e ss do CC): fideicomisso ou substituição em confiança é um modo de substituição testamentária em que um testador por testamento válido se utilizando da parte disponível da herança estabelece em relação a uma herança ou um legado que os bens respectivos por ocasião de sua morte sejam entregues em confiança a um fiduciário que como proprietário resolúvel recorre tais bens em primeiro lugar, ficando determinado um evento resolutivo que pode ser a morte do fiduciário ou outro termo ou condição que os bens sejam transferidos ao destinatário final em ordem sucessiva chamada fideicomissário. No momento do falecimento do testador o fiduciário adquire, como herdeiro ou como legatário, uma propriedade resolúvel,

sujeita a se extinguir pelo evento resolutivo previsto pelo testador na cédula testamentária (art. 1952 caput c/c 1953 caput). Já o fideicomissário, destinatário final, no momento da abertura da sucessão ele recebe um direito sob condição suspensiva, ou seja, só será proprietário quando ocorrer o evento resolutivo, admitindo a lei que a propriedade possa se consolidar plenamente nas mãos do fiduciário ou de um eventual terceiro adquirente se o fideicomissário falecer antes do fiduciário ou se renunciar ao seu direito.

Obs: o art. 1952 atual diz que hoje só é possível a substituição fideicomissária tendo como fideicomissário o concepturo, pessoa ainda não concebida por ocasião da morte do testador (prole eventual) e o parágrafo único desse artigo diz que se o fideicomissário já estiver nascido por ocasião da morte do testador o fideicomisso se transforma em usufruto, ou seja, o fideicomissário é dono da nua propriedade e o fiduciário torna-se usufrutuário dessa propriedade.

Fideicomisso no direito civil é uma substituição testamentária em confiança criada em Roma.

A propriedade do fiduciário pode ser usucapida. A usucapião será adquirida como propriedade resolúvel.

O novo CC em seu art. 1952 estipula que somente se permita substituição do fideicomissário em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador. Significa isso que mesmo o testamento feito antes da entrada em vigor do novo código, já que a sucessão deve obedecer no momento da lei em vigor no óbito, só se permitindo o fideicomisso quando o fideicomissário for prole eventual.

Aula do dia 16/10/2003.

Art. 199, I do CC: não corre a prescrição pendendo condição suspensiva. Combinando com o art. 1244 do CC, específico para o usucapião, os efeitos do usucapião não correm em face do proprietário diferido.

Modificação no fideicomisso é que hoje, como a doutrina não gosta do fideicomisso, o art. 1952 do CC diz que a substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador, ou seja, só se pode aceitar nas sucessões o fideicomisso causa mortis a partir do CC de 2002 quando o fideicomissário seja uma prole eventual. Fora essa hipótese, o fideicomisso caduca.

Ex: Deixo minha casa para fulano, passando esse imóvel por sua morte aos seus filhos, ainda não concebidos, ou aos filhos de uma outra pessoa.

Art. 1952, parágrafo único: “Se ao tempo da morte do testador já houver nascido o fideicomissário, adquirirá estes a propriedade dos bens fideicomitados, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário”.

E se o fideicomissário estiver apenas concebido e não nascido?

O legislador não regulou tal fato.

A lei no art. 1952 caput do novo código só admite agora substituição fideicomissária em favor de uma pessoa ainda não concebida ao tempo da morte do testador e no parágrafo único, tendo em vista o princípio de preservação da vontade do testador, diz que se o fideicomissário mencionado no testamento como prole eventual já houver nascido no momento da abertura da sucessão, automaticamente a substituição testamentária converte-se em usufruto fiduciário como usufrutuário e o fideicomissário como nu-proprietário.

Na hipótese do fideicomissário estar apenas concebido e ainda não nascido, o legislador não explicita. Segundo o Professor Mário Roberto Farias, de duas uma, ou esse nascituro não

tem qualquer direito, já que não há previsão legal para tanto, só será possível o recolhimento dos bens em favor dos futuros concebidos após a data do óbito.

Segunda possibilidade, aguarda-se o nascimento com vida do nascituro e converte-se em usufruto aquela situação jurídica, o que de certo modo atende a vontade do testador.

Uma terceira idéia, do Professor Luiz Paulo, entende que preservando-se a vontade do testador, a contrário sensu do parágrafo único do art. 1952, aguarda-se o nascimento e mantém-se a cláusula de fideicomisso.

Obs: no art. 1799, I e 1800, § 4º do CC, no direito sucessório o legislador confere legitimação passiva para receber herança ou legado também ao concepturo.

Trata-se de deixa testamentária em favor de prole eventual. Não se aplica ao fideicomisso.

Outra hipótese é a propriedade resolúvel do pacto de retro-venda (art. 505 do novo CC), quando se permite ao devedor de um imóvel reservar-se no direito de recomprar esse imóvel no prazo máximo de decadência de 3 anos a partir da alienação. Durante esse período, enquanto o vendedor não tiver exercido o seu direito de resgate da coisa, o comprador terá propriedade resolúvel.

Um outro exemplo é o do art. 1361 do CC, que trata da propriedade fiduciária, ou seja, da propriedade em confiança, cujo art. mencionado afirma que se considera fiduciária a propriedade resolúvel de bem móvel infungível que o devedor, com finalidade de garantia, transfere ao credor, normalmente uma financeira, credor que terá propriedade resolúvel e posse indireta da coisa até que haja o pagamento total do preço acertado entre ambos. O devedor até esse momento terá posse direta do bem. A lei 4728/65, modificada pelo art. 66 do DL 911/69 já regulava hipótese semelhante na chamada alienação fiduciária, que é possível hoje até em relação em bem imóvel, sendo objeto de legislação especial.

O negócio fiduciário é um negócio que há confiança. Já existia em Roma. Em geral, quando se realiza o negócio jurídico, escolhe o tipo previsto na lei. Muitas vezes o tipo escolhido ultrapassa a finalidade. Como no exemplo do sujeito que tem uma empresa e quer viajar para o exterior, querendo colocar um administrador de confiança, transfere-lhe as ações em confiança por um período.

Na alienação fiduciária em garantia, direito real, a finalidade é realizar um empréstimo e o pagamento dos empréstimos. Acabam fazendo um negócio fiduciário, pois a financeira dá o dinheiro para o comprador que transfere a propriedade para aquela com cláusula de resolução.

A propriedade fiduciária está consagrada no novo código, continuando em vigor a legislação anterior naquilo que não for incompatível.

O DL 911 admite a prisão do devedor. Como a CF só admite dois tipos de prisão por dívida, enquadrava-se na posição do STF. O STJ hoje com base no pacto de São José da Costa Rica, no qual o Brasil é signatário, passou a aplicar este pacto que só admite um tipo de prisão, que é a de dívida por alimentos. Ocorre que o pacto não supera a CF, mas o STJ entende que esta quis abranger apenas o verdadeiro contrato de depósito.

Obs: a propriedade resolúvel em sentido estrito se caracteriza pelo fato de que, em regra, consta no próprio título o evento resolutivo da propriedade e desde que, em se tratando de imóvel, o título esteja registrado, aí sim, nascendo o direito de propriedade, nenhum prejudicado poderá pleitear indenização ou a própria coisa já que teria oportunidade de conhecer a existência da propriedade resolúvel.

Súmula 92 do STJ: ao terceiro de boa-fé não é oponível a alienação fiduciária não levada a registro de veículo automotor.

No entanto, existem tipos de propriedade resolúvel em sentido estrito cuja resolução não está prevista no título e sim implícita no negócio jurídico por força da lei, como, por exemplo, a hipótese do art. 504 do novo código e 1139 do código de 1916, quando o legislador diz que

o condômino de coisa indivisível por ocasião da venda, ou seja, alienação onerosa de seu quinhão a um estranho, tem o dever de dar preferência na alienação para os demais condôminos e se isso não ocorrer, qualquer deles, nos termos do parágrafo único desse artigo pode, depositando o preço, obter para si a parte vendida a estranho se o fizer no prazo decadencial contados da venda de 180 dias. Durante esse período a propriedade do comprado é resolúvel, sujeita a extinguir-se com o depósito do preço.

A ratio legis é preservar o máximo possível a relação entre os condôminos.

O novo código resolveu uma questão dividida no próprio STJ ao dispor agora expressamente que o contrato de cessão de herança (art. 1793 e seus parágrafos, 1794, 1795, parágrafo único) já que o direito à sucessão aberta é bem imóvel para efeitos legais e coisa indivisa até a partilha (art. 80, II c/c art 1791, parágrafo único) que quando um herdeiro, depois de aberta a sucessão, quiser alienar onerosamente seu quinhão a estranho deve comunicar aos demais herdeiros, concedendo-lhes a preferência na alienação, sob pena de o co-herdeiro depositar o preço e haver para si a cota cedida ao cessionário se o fizer no prazo decadencial de 180 dias.

O art. 27 e 33 da lei do inquilinato (8245/91) permite, desde que conste no contrato o direito real de preferência do inquilino de haver para si o imóvel locado, sob pena de propriedade resolúvel do adquirente.

Essas são hipóteses de aplicação de eficácia retroativa de propriedade resolúvel.

Art. 1360 – Da propriedade Revogável (ad tempus).

Nesse artigo o legislador cuida da possibilidade de revogação do direito de propriedade por causa superveniente à aquisição dessa propriedade, porém, com uma diferença fundamental: os efeitos da revogação da propriedade decorrentes de causa superveniente em relação àquele que adquire a coisa antes da revogação de boa-fé são meramente ex-nunc, ou seja, a coisa permanece na propriedade do terceiro adquirente, cabendo apenas àquele que revogou a propriedade obter perdas e danos daquele que causou a revogação. A título de exemplo temos a hipótese que se refere a qualquer doação pura, ou seja, aquela que não é remuneratória, nem que tenha cláusula de reversão. Todas as doações puras representam para o donatário uma propriedade revogável se esse donatário cometer um ato de ingratidão contra o doador. Pacto de ingratidão são números clausus, mencionados no art. 557 do CC e a ação de revogação é personalíssima, tratando-se de ingratidão, não se transmite aos herdeiros do doador nem prejudica os herdeiros do donatário (art. 560 do CC), podendo os herdeiros do doador prosseguir na ação iniciada eventualmente por este. O direito de revogar a doação pura é potestativo com prazo decadencial de um ano, contados a partir do conhecimento do doador do fato e da autoria (art. 559 do CC).

No caso de propriedade revogável não se utilizará o art. 1359 do CC, mas o art. 1360: os efeitos da revogação são ex nunc. Essa é a grande diferença entre propriedade resolúvel em sentido estrito e propriedade revogável. O exemplo clássico de possibilidade de se revogar uma propriedade é quando ocorre a ingratidão do donatário. Não é uma ingratidão qualquer, mas somente os números clausus da lei.

Ex;

Alguém doa para outro seu apartamento. Não é remuneratória, em que não se pode revogar. Tempos depois, por necessidade, solicita alimentos para sua sobrevivência ao donatário, que se recusa a prestar-lhe. Pode haver revogação da doação? Sim, pois é uma das hipóteses de revogação da doação por ingratidão (art. 557, IV do CC). Observe-se que não há relação de parentesco.

Obs: se o doador entra com a ação de revogação em face do donatário e o bem ainda está no patrimônio desse donatário, o doador obterá de volta a própria coisa doada. No entanto, se a coisa doada tiver sido transferida antes da revogação a um possuidor de boa-fé,

os efeitos se produzirão de modo ex nunc. O bem permanece na mão de terceiro, cabendo ao autor da revogação apenas perdas e danos em face do donatário alienante (art. 1360 do CC).

Não será possível aos herdeiros entrarem com a ação de revogação de doação, pois o art. 560 do CC diz que tal direito não se transmite aos herdeiros do doador nem prejudica o do donatário, mas aqueles podem prosseguir na ação iniciada pelo doador, continuando-a contra os herdeiros do donatário, se este falecer depois de ajuizada a lide.

Ocorre que o art. 561 CC, não previsto no antigo código, no caso de homicídio doloso do doador, possibilita a ação intentada pelos herdeiros do doador, exceto quando este houver perdoado.

O legislador, em determinadas hipóteses, mencionadas no art. 564, excepciona a possibilidade de revogação por ingratidão em relação à doação, ou seja, quando a doação for puramente remuneratória, quando deixa de ser gratuita, ou seja, faz-se uma doação não com a intenção de realizar uma liberalidade, mas sim pagar uma dívida, também as doações oneradas com encargo ou modo, desde que esse encargo ou modo já foi cumprido pelo donatário ou sucessores, aquelas doações ou liberalidades feitas em cumprimento de obrigação natural e as doações nupciais, aquelas em que o doador faz contemplando o donatário que vai se casar, doações propter nupcias.

Em relação à doação onerosa ou com encargo ou modo o legislador, no art. 555 e 562 do CC, antes, 1181, parágrafo único do CC de 1916, permite que essa doação possa ser revogada, desde que o beneficiado pela doação constituído em mora não tenha cumprido o encargo que é elemento accidental do negócio jurídico, uma obrigação ou ônus imposta ao beneficiado por uma liberalidade em favor do autor da liberalidade, em favor de um terceiro, ou em favor de uma comunidade.

Ex: doação para alguém de uma casa de campo com a obrigação de construção de uma estátua, colocando-a em determinado lugar.

Uma doação com encargo, em que a lei permite a revogação, essa revogação se opera nos termos da propriedade resolúvel do art. 1359 do CC com efeitos ex tunc ou se opera nos termos do art. 1360 do CC com efeito ex nunc?

Consta do título o encargo. Âmbas são resolúveis. Carvalho Santos diz que o adquirente de uma propriedade, com encargo, tem conhecimento do encargo, tendo de diligenciar se o encargo foi cumprido, estando sujeito à perda da propriedade, a não ser que o encargo não seja personalíssimo, podendo ser realizado pelo adquirente.

Aula do dia 21/10/2003.

Revogação da doação por inexecução do encargo.

Caso da doação com encargo. Não havendo o cumprimento, interpela-se a notificação.

Para Clóvis Beviláqua e Carvalho Santos, quando houver revogação da doação por inexecução do encargo, especialmente em se tratando de imóvel onde consta no título tratar-se de uma propriedade sujeita a modo que nesse tipo de resolução deve ser aplicados os princípios da propriedade resolúvel em sentido estrito (art. 647 do CC de 1916 e 1359 do novo CC), e não os princípios da propriedade meramente revogável (art. 648 do código de 1916 e 1360 do novo código), ou seja, a resolução se opera retroativamente, ex tunc, alcançando o eventual adquirente do imóvel doado que deveria saber e Ter a diligência de verificar o cumprimento ou não do encargo. Esta posição não está exposta em livro algum.

Ex:

“A” doa para “B” determinado imóvel com a obrigação de ensinar inglês ao sobrinho do doador. Se não marcou prazo, não cumprindo “B” o encargo, deve constituir este em mora.

Não cumprindo, entra com ação contra “B” para revogar ou resolver a propriedade de “B”. Nesse meio tempo, “B” aliena o imóvel a “C”. “A” entra com ação de revogação da doação alegando descumprimento do encargo.

Quais as regras aplicáveis

Aplicando-se as regras da propriedade resolúvel em sentido estrito, quando o juiz decretar a revogação, os efeitos retroagem, prejudicando “C”.

Carvalho Santos e Clóvis entende que “C” deveria ser diligente para saber se houve cumprimento do encargo.

O STJ, numa hipótese de revogação de doação por inexecução do encargo entendeu que o prazo para propositura da demanda não seria o prazo previsto no art. 1184 do código de 1916, hoje 539 do novo CC que é de 1 ano, tendo em vista que esse prazo só se aplicaria à revogação da doação por ingratidão do donatário, entendendo que na falta de prazo expresso específico o prazo extintivo para revogação da doação por inexecução do encargo seria o prazo genérico de 20 anos do art. 177 do CC de 1916 sendo que hoje esse prazo genérico de prescrição é de 10 anos, ou seja, foi reduzido, nos termos do art. 205 do novo CC.

O STJ acaba entendendo que são coisas diferentes.

No entanto, parte da doutrina e da jurisprudência entendem que na revogação da doação por inexecução do encargo aplicam-se os princípios da revogação por ingratidão tanto quanto ao prazo de 1 ano quanto os princípios da propriedade revogável ad tempus, com efeito ex nunc da revogação, respeitando os direitos do eventual adquirente da coisa doada, havendo boa-fé (art. 648 do CC de 1916 e 1360 do código novo, 1184 do CC de 1916 e 559 do código novo).

Propriedade inalienável.

Seja inalienabilidade legal, que decorre da lei, seja convencional, que decorre da vontade do instituidor da liberalidade no negócio jurídico.

Propriedade inalienável é aquela que por virtude da lei ou por estar inserida em determinado negócio jurídico impede a livre circulação e a transferência no mundo jurídico de determinados bens, sejam eles imóveis ou móveis. Em princípio, todo bem objeto do direito de propriedade, que é um direito fundamental, nasce para circular livremente, já que todo proprietário tem o direito de usar, gozar e dispor da coisa própria sendo faceta fundamental do poder de disposição a alienação da coisa, total ou parcial de modo gratuito ou oneroso. A inalienabilidade, portanto, é regra excepcional, é uma exceção à livre circulação dos bens e como regra excepcional, deve ser interpretada restritivamente.

Diz-se que a inalienabilidade é total quando o instituidor proíbe o adquirente de transferir a coisa, ou seja, aliená-la no seu todo. Diz-se que é parcial quando o instituidor proíbe o adquirente transferir para outrem determinados poderes ou facetas da propriedade, ou seja, proíbe a criação sobre ela de novos direitos reais menores.

Obs: a cláusula de inalienabilidade imposta especialmente nos negócios gratuitos, inter vivos ou causa mortis, implica na proibição atingindo o adquirente dele transferir no todo ou em parte, seja a título gratuito ou oneroso, a coisa recebida.

A inalienabilidade também pode ser absoluta ou relativa, especialmente em relação a terceiros. O instituidor da liberalidade dentro da sua autonomia privada, por ato inter vivos, como por exemplo, uma doação, ou causa mortis, como por exemplo, em um testamento em que seja determinado uma herança ou um legado gravado com inalienabilidade, a cláusula pode conter a proibição da transferência dos bens para quem quer que seja (inalienabilidade absoluta) que se infere da própria causa, ou então, pode constar de modo expresso que o bem pode ser alienado para somente determinada pessoa ou não possa ser alienado para alguém. Ex: deixo minha casa de Búzios para alguém proibindo-lhe, porém, que ele transfira essa casa para fulano.

Inalienabilidade legal.

Nesse tipo de inalienabilidade, o legislador impõe a proibição da transferência da coisa em relação a determinados bens ou direitos que são considerados indisponíveis. É o caso, por exemplo, da súmula 340 do STF que diz que a partir do advento do código de 1916 os bens dominicais como os demais bens públicos não podem ser adquiridos por usucapião já que estariam por força dos artigos 67 e 69 do código de 1916, a partir daí, fora do comércio jurídico. Vide também legislação especial como o Dec. 22785/33, a lei 7661/78.

Há uma discussão jurídica sobre até aonde vai a praia. Há quem entenda praia é a consolidação do material detrítico, decorrente do fluxo e refluxo das marés (Clóvis Beviláqua). Há quem entenda que praia vai até a vegetação.

Obs: o novo CC reforçando a súmula, no artigo 102 diz que os bens públicos não estão sujeito a usucapião, o que já era mencionado no artigo 183, § 3º da CF (usucapião urbano) e também no art. 191, parágrafo único (usucapião rural), ou seja, o bem público imóvel ou móvel, inclusive as terras devolutas, não são coisa hábil para efeito de usucapião. Não podem ser usucapidos, sendo que a doutrina majoritária diz que essas regras alcançam todos os tipos de bens públicos (art. 99, I, II, e III, parágrafo único, art. 100, art. 101 e art. 103 do novo código).

O art. que regulamentava o usucapião agrário ou pro-labore, lei 6969/81, que hoje poderia ser considerada revogada já que o usucapião agrário foi disciplinado no art. 239 do novo código, dispunha no seu artigo 2º a possibilidade de usucapião especial agrário tendo por objeto terras devolutas em geral e terras devolutas são aquelas mencionadas na lei 601/1850 que são aquelas terras que tendo pertencido à coroa portuguesa por ocasião do descobrimento do Brasil, foram aforadas ou ocupadas por particulares e à época da emissão da lei 601 não estavam registradas em nome de nenhum particular ou então não estavam em processo de regularização ou discriminação em favor do particular e desse modo foram devolvidas ao poder público, estando mencionadas inclusive na CF, art. 20, II, em favor da União, quando por exemplo indispensáveis à defesa das fronteiras e à preservação ambiental, e no art. 26, IV como pertencentes aos estados se não compreendidas a favor do poder público.

Terra devoluta é sinônimo de terra devolvida. Tal termo decorre da devolução das terras ao poder público.

A CF revogou o art. 2º da lei 6969/81. A maioria dos autores vem afirmando que quando a CF de 88 entrou em vigor não teria recepcionado o art. 2º da lei 6969/81 e portanto, a partir dali, não seria mais cabível o usucapião agrário sobre terra devoluta não indispensável à segurança de nossas fronteiras. No entanto, os professores Silvio Rodrigues e Celso Ribeiro Bastos sempre afirmaram o contrário, que esse artigo continuava em vigor, que não foi alcançado pela CF, tratando-se de regra especial e até mesmo porque o art. 188 da CF diferencia terra pública de terra devoluta.

Quem tem interesse em dizer que a terra é pública é o estado. A jurisprudência vem entendendo de forma majoritária de que quando o imóvel não está registrado em nome de ninguém, não se pode presumir de maneira absoluta que a terra é devoluta, portanto, pública e em tese, não usucapível, já que essa prova de que a terra é devoluta e portanto pública caberia à Fazenda Pública e não ao particular usucapiente, já que o poder público estaria muito melhor aparelhado para realizar essa prova. Esse é o entendimento do STJ.

Para os publicistas, a prova cabe a quem alega.

Obs: os bens pertencentes ao poder público, embora inalienáveis, podem ser transferidos desde que essa transferência obedeça a lei específica sobre a matéria, através da desafetação, ou seja, enquanto permanecerem como bens públicos não podem ser transferidos,

quando perderem sua utilidade como tal, desde que haja lei regulamentando a matéria e procedimento regular administrativo, desafetados da sua finalidade pública, podem ser transferidos (art. 100 e 101 do novo Código).

Washington de Barros Monteiro afirma que a rua pode ser desafetada e alienada.

Os bens públicos dominicais mencionados no art. 99, III e 101 do novo código é um bem público que não é bem de uso comum do povo, ou seja, uma rua, uma praça pública, uma praia, não é um bem de uso especial, como por exemplo um quartel de polícia, a sede da prefeitura, prédio do fórum, afetados a uma destinação específica pública e sim bens que compõe o patrimônio público, porém são tratados como se fossem bens particulares.

Outro exemplo de inalienabilidade legal:

A inalienabilidade decorrente da impenhorabilidade do chamado bem de família, seja o legal, previsto na lei 8009/90, diretamente ligada ao direito constitucional de moradia, no art. 6º da CF, quando o legislador impede a penhora do imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar (união estável) abrangendo essa impenhorabilidade dos bens indispensáveis que guarnecem a residência (art. 1º, parágrafo único dessa lei) que o STJ entende como televisão, vídeo cassete, geladeira, ar-condicionado, em que a penhora só pode ocorrer nas exceções legais do art. 3º, inciso I a VII.

Uma questão que está na moda é saber qual a finalidade da penhora e sua ligação com a impenhorabilidade. O art. 1º, que trata do imóvel da instituição familiar. Em relação aos homossexuais e divorciados ou solteiros ficam fora da abrangência expressa da lei.

Embora a lei fala em residência da entidade familiar, o STJ tem dado interpretação extensa a tal artigo.

O STJ tem entendido que o art. 1º da lei 8009/90 deve ser interpretado de forma ampla como consequência do direito constitucional à moradia e abrangência não só as famílias constituídas pelo casamento, pela união estável, monoparental (pai ou mãe e filhos), como também as pessoas solteiras que vivam num agrupamento social ou não, seja em relação ao casal homossexual, seja a pessoa divorciada, que viva sozinha, até mesmo duas irmãs que vivam em determinado imóvel. Quanto à possibilidade de penhora na hipóteses do art. 3º, especialmente no inciso IV, a jurisprudência tem entendido que ela pode ocorrer não só na ação de cobrança de impostos, como também os débitos condominiais que teriam natureza assemelhada aos impostos sendo também obrigações propter rem, que nasce em função da titularidade da coisa.

Cota de condomínio e imposto têm a mesma natureza, obrigação que decorre da titularidade da coisa, até porque, se não pudesse penhorar ninguém mais pagaria condomínio.

O inciso VII, um acréscimo ocorrido em 1991, quando o legislador diz que pode haver a penhora de bem de fiador em um contrato de locação, há quem entenda que com se garante também o direito de moradia constitucional ao fiador, o bem deste, como bem de família, não pode ser penhorado. Há entendimento de que tal regra é inconstitucional.

Há outros bens de família não constantes na lei 8009/90.

O novo código civil repete a regra do art. 70 a 73 do código de 1916 ao manter na nossa legislação o bem de família chamado convencional, art. 1711 a 1714, permitindo aos cônjuges ou entidade familiar por escritura pública a instituição de bem de família o imóvel residencial que será impenhorável desde que não se ultrapasse 1/3 do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, permitindo-se que um terceiro por testamento institua bem de família e também por doação, com aceitação expressa de ambos os cônjuges ou da entidade familiar.

Esse bem de família convencional não é praxe no Brasil.

A lei 8009 subsiste com o novo CC.

O art. 1711 diz que o bem de família convencional e nos termos do art. 1715, fica isento de dívidas posteriores à sua instituição, salvo dívidas por tributos ou despesas com condomínio, e sendo considerado inalienável, nos termos do art. 1717, vai continuar a

conviver com a lei 8009/90 e desse modo a doutrina está afirmando que dentro da tradição brasileira, muito raramente haverá um bem de família convencional inclusive por força das suas restrições, já que mesmo com vontade do instituidor só pode ser alienado com consentimento de todos os interessados com a oitiva do MP. Pressupõe um procedimento judicial.

Aula do dia 23.10.03

Obs:

Propriedade revogável e resolúvel

Clóvis Beviláqua e Carvalho Santos – inexecução de doação por falta de cumprimento de encargo seria um caso de propriedade revogável no tempo, com eficácia *ex nunc*, sem propriedade resolúvel em sentido estrito, para trás.

O Prof. Marco Aurélio arrola como hipóteses de aplicação dos princípios da propriedade revogável (*ad tempus*) cujos efeitos estariam no art. 1360 do nCCB, com eficácia *ex nunc*, respeitando-se a alienação da coisa a um terceiro de boa-fé, não só a revogação da doação pura por ingratidão do donatário, como também a revogação da doação por descumprimento do encargo (art. 555, nCCB) e também a revogação do legado por inexecução do encargo por parte do legatário (art. 1938, nCCB).

Ou seja, ele, diz que se diz por aí, mas não entrou em detalhes, e esse problema da revogação de um legado (faz um testamento, individualiza um bem, destina esse bem para uma pessoa chamado legatário – que é um sucessor singular *causa mortis*, mas você pode fazer uma cláusula de legado como também pode fazer cláusula de herança com um encargo, ou seja, o testador morre, a herança ou legado com encargo se transfere ao herdeiro testamentário ou legatário com o dever de cumprir o modo ou encargo. O Prof. Marco Aurélio, muito singelamente, diz em seu livro: se o legatário/herdeiro não cumprir o encargo/obrigação determinada pelo testador, os herdeiros desse testador poderiam entrar com uma ação de revogação do legado/herança por inexecução do encargo. **(Leone segue muito as opiniões dele).**

Obs: Forte corrente doutrinária e jurisprudencial capitaneada por Orlando Gomes e Caio Mário, diz que a pena de revogação de uma herança ou de um legado por inexecução do encargo por parte do herdeiro ou legatário, só é possível se essa pena estiver fixada pelo testador no próprio testamento, tendo em vista o princípio de que o juiz deve, ao máximo, preservar a vontade do autor da herança e sem essa previsão expressa de revogação os sucessores do falecido não poderiam pedir a revogação da liberalidade testamentária com o retorno do patrimônio ao monte hereditário e sim pleitear, apenas, perdas e danos, em havendo a inexecução do modo/encargo.

Exemplo: Se eu digo “deixo para Teresa minha casa de campo com a obrigação dela ensinar inglês a Alfredo”. Eu morro, ela recebe o legado (coisa infungível); ela deve cumprir o encargo; se ela não cumpre o encargo – para o Prof. Marco Aurélio – há uma hipótese de revogação da deixa testamentária por inexecução do encargo, e, havendo a revogação, seria uma propriedade revogável com efeitos da sentença de revogação para a frente, respeitando se o bem fosse alienado por um terceiro de boa-fé e etc. – quer dizer, ele está na contramão da opinião do C. Beviláqua e C. Santos, que dizem que em caso de inexecução do encargo há uma propriedade resolúvel, mas, mais ainda do que isso, aqui, se você estiver tratando de uma doação com encargo, cabe essa discussão; mas, se você estiver tratando de um testamento com encargo, cuidado, pq muita gente com base em Caio Mário e Orlando Gomes dizia o seguinte: um dos primeiros princípios de direito sucessório é o princípio da obediência à vontade do testador, se ele está testando disponível dele e se ele vai morrer, o testamento produz efeitos *post mortem*, e se ele que amealhou o patrimônio, o juiz deve no máximo respeitar a vontade dele; então se ele designou alguém como herdeiro legatário, determinando um encargo, e não inseriu no testamento uma cláusula dizendo “olha, se essa pessoa não

cumprir eu quero que revogue a liberalidade”, muita gente boa diz que os herdeiros não podem entrar com a ação de revogação, e, aí, não seria nem o caso de se discutir se a propriedade é resolúvel ou revogável, não pode entrar; o que poderia pedir seriam as perdas e danos; então, o tratamento é diferente; só que como o art. 1938, nCCB, diz que nos legados com encargo aplicam-se aos legatários o disposto neste código quanto às relações de igual natureza, o Prof. Marcos segue o Washington de Barros Monteiro que diz não interessar se colocou no testamento a pena ou não, não cumpriu, os sucessores do falecido podem revogar – são hipóteses de propriedade revogável *ad tempus* e não propriedade resolúvel. **(O prof. Marco Aurélio é examinador do MP)**

Propriedade inalienável por força da lei (cont.)

As exceções da Lei 8009/90, que permitem penhora do bem de família, se aplicam a um bem de família instituído por um contrato, por uma escritura pública, publicado em edital, disciplinado pela LRP?

Para o Prof. não se aplicam, até pq qual a utilidade do bem de família no CC? Para quê se fazer escritura pública, registrar no RGI? Lei diz, art. 1715, que o bem de família é isento de execução por dívidas posteriores a sua instituição, salvo as provenientes de tributos relativos ao prédio ou de despesas de condomínio; então, essas duas seriam as únicas exceções para se penhorar o bem de família convencional.

Capanema, com base na parte final do art. 1711 do nCCB, acha que as exceções do art. 3º. da Lei 8009/90 se aplicam também ao bem de família convencional

Obs: Embora o art. 1715 do nCCB mencione apenas 2 exceções em que o bem de família convencional, instituído por escritura pública, com as formalidades da Lei 6015/ (LRP), exceções que permitem a penhora por dívidas provenientes de tributos relativos ao prédio (ex.: IPTU, contribuição de melhoria) ou por dívidas provenientes de cotas condominiais impagas, há quem entenda, como o Prof. Capanema, nos termos da p.final do art. 1711 do nCCB, que todas as exceções previstas no art. 3º da Lei 8009/90 também se aplicam ao bem de família convencional, alargando-se, assim, as hipóteses de penhora desse bem. – (Para o Prof. Luiz Paulo, dessa forma, o bem de família convencional é a maior das inutilidades)

Exemplos de inalienabilidade legal (cont.)

- Direito de usufruto – art. 1393, parágrafo. 1º do nCCB, ou seja, o direito de usufruto só poderá ser transferido para o nu-proprietário, o titular da raiz do bem, e, neste caso, o usufruto se extingue, **não pode esse direito ser transferido a terceiros** já que é personalíssimo, nem por ato *intervivos*, nem por ato *causa mortis*, e se o usufrutuário morrer esse direito não vai a seus herdeiros e sim consolida-se nas mãos do nu-proprietário.

O nu-proprietário é o dono do imóvel, que tem um direito real menor temporário.

Lei diz que não se pode transferir usufruto por alienação a terceiros.

No entanto, a lei permite, nesse próprio artigo, que o exercício do direito de usufruto possa ser cedido a título gratuito ou oneroso, como, por exemplo, quando o usufrutuário dá em locação ou comodato a coisa usufruída, mesmo quando o usufruto é pelado não haverá transferência do bem – o credor tem o uso e a fruição da coisa pq você, devedor, tem o usufruto, e, para o credor ficar satisfeito você, usufrutuário, continua com o usufruto. Assim, se o usufruto é inalienável por disposição legal, também o é o **usufruto-**

anão (é o direito de uso, também, personalíssimo, inalienável legalmente; também é inalienável legalmente o direito, personalíssimo, de habitação).

- A inalienabilidade relacionada a bens imóveis de incapazes que só podem ser transferidos com autorização judicial, provada a necessidade e a utilidade para o incapaz dessa alienação, ouvido o MP e a Curadoria Especial (arts. 1691 e 1750 do nCCB).

Menor de idade que tenha pais/representante/assistente, menor de idade que tenha tutor, e incapaz por problemas mentais que tenha curador, sendo bem imóvel, não pode alienar em Cartório direto, tem que ir a Juízo.

Inalienabilidade Convencional

É aquela que decorre de um negócio jurídico, de uma liberalidade, seja por ato *inter vivos*, uma doação, seja por ato *causa mortis*, numa herança, inclusive, necessária, onerada com cláusula de inalienabilidade.

Essa inalienabilidade convencional que proíbe ao recebedor da liberalidade a transferência da coisa recebida a título gratuito ou oneroso, será vitalícia, ou seja, pura, enquanto viver o donatário/herdeiro/legatário, à falta de disposição expressa em contrário. (Ex.: fiz uma doação à Maria e disse que o bem doado estaria inalienável, se eu fico em silêncio presume-se de maneira absoluta que essa cláusula vai durar enquanto Maria viver – inalienabilidade vitalícia; se eu quero limitar o prazo da inalienabilidade, tenho que inseri-la expressamente no título)

Ela também pode ser absoluta ou relativa, total ou parcial. O art. 1676 do CCB/1916 dizia, e esse princípio continuará sendo aceito no nCCB, que esta cláusula não poderia ser ferida, contrariada por ato do adquirente da liberalidade ou dispensada por determinação judicial, sob pena de nulidade do ato, salvo se houvesse **desapropriação da coisa** (você paga , porém no produto de desapropriação a cláusula de inalienabilidade se sub-rogaria ou, então, numa execução por dívida relacionada aos impostos inerentes à coisa; ou seja, “A” fez uma doação de um imóvel a “B” com cláusula de inalienabilidade (proibição de transferir o imóvel doado), se não disse nada com relação ao tempo da proibição, essa cláusula será vitalícia, e, se não disse nada conseqüentemente a inalienabilidade é total, ou seja, não pode vender, doar, nem gravar sobre a coisa de direitos reais – abrange tudo, é total, vitalícia, nem o juiz pode dispensar essa cláusula; o que pode acontecer é uma desapropriação onde você pega o dinheiro do bem expropriado e haverá a cláusula de inalienabilidade no dinheiro, você levantará os juros, havendo a sub-rogação. Ou, então, no caso de dívida de IPTU do imóvel, poderá este ser levado à praça, poderá ser transferido ao credor – obrigação *propter rem*. A jurisprudência (antigo TARJ) dizia que quando uma propriedade inalienável por convenção, estivesse o seu proprietário com dívidas por cotas de condomínio (a tendência dos Tribunais é que estas cotas teriam a mesma natureza jurídica dos impostos: obrigações *propter rem* – nascem em função da propriedade/posse da coisa), podendo haver a penhora e o bem ser levado à praça para alienação - isso independe da lei 8009/90, se é bem de família ou não.

Sob o império da legislação anterior, Dec.Lei /41 permitia a sub-rogação da cláusula de inalienabilidade em outros bens, como, por exemplo, títulos da dívida pública, porém, a jurisprudência passou a entender que quando o proprietário do bem inalienável demonstrasse a conveniência econômica de transferir tal cláusula para outros bens, que não

bens imóveis ou títulos da dívida pública, para poupança, por exemplo, o juiz deveria acolher tal sub-rogação, ouvido o MP caso se tratasse de procedimento de jurisdição voluntária. Ex.: “A” tem um bem inalienável, imóvel – pessoa que faz cláusula de inalienabilidade, normalmente, quer proteger o recebedor da coisa; o Decreto permitia, além da desapropriação do próprio CCB, além da dívida de impostos, permitia que ele trocasse, substituísse (sub-rogação) esta cláusula por outro imóvel ou por título da dívida pública. Então, “A” tem bem imóvel, mas tem outros bens imóveis, e, pelo Decreto, poderia fazer a substituição do gravame, mas o Decreto era limitado, só podia substituir por outro imóvel (e, às vezes, havia diferença de preços, cláusula teria que ser trocada para outro imóvel de, no mínimo, o mesmo valor e, também, os juízes começaram a admitir a cláusula incidindo sobre a conta-poupança - quando por conveniência do proprietário inalienável, você transferia esse dinheiro para a poupança. Tal raciocínio está consagrado, hoje, no parágrafo único do art. 1911 do nCCB, que permite a sub-rogação do gravame de inalienabilidade, por conveniência econômica do proprietário, transferindo-se a cláusula para outros bens, móveis ou imóveis, e, também, em dinheiro (poupança, aplicações financeiras, ações, etc.), atendendo-se à conveniência do requerente. Agora, para poupança ou para ações, a cláusula continua, o proprietário pode apenas levantar os frutos (juros, rendimentos, dividendos de **filhote de ação** – é fruto, e, como o fruto, não pode ser levantado, poderá levantar somente os dividendos).

Obs.: Embora a lei não regule a matéria, inclusive no Código anterior proibia a dispensa do gravame de inalienabilidade, salvo as exceções previstas em lei, há quem entenda (Paulo César Pinheiro Carneiro) que, como o direito à vida é o maior dos direitos garantidos constitucionalmente como direito fundamental, art. 5º da CRFB, em caso comprovado de grave enfermidade, com perigo iminente de vida, seria possível o juiz dispensar a cláusula de inalienabilidade, autorizando a venda do bem e permitindo que o saldo da alienação seja entregue liberado ao ex-titular da coisa, desde que também provado que os frutos desse valor não são capazes de pagar seu tratamento médico

Art. 1919, parágrafo. único, do nCCB, traz uma vantagem, não fala em nulidade, nem em dispensa (parece que está caminhando para essa possibilidade de dispensa), embora o nCCB fale em conversão – o produto da venda se converte em outros bens, dando a impressão que só é cabível a sub-rogação e não a dispensa total – juiz pode conceder a dispensa, agora tem que provar que o valor dos rendimentos não cobre o tratamento.

No sistema anterior, a Súmula 49 do STF dizia que, uma vez oposta a cláusula de inalienabilidade, que essa cláusula também tornaria o bem ou os bens incomunicáveis, ou seja, mesmo que o beneficiário se casasse ou fosse se casar pelo regime da comunhão universal, não haveria a comunicação decorrente do regime de bens do casamento, o bem se tornaria incomunicável, já que a comunhão de bens é uma forma de alienação com transferência para o outro cônjuge (então, inalienabilidade, segundo esta Súmula, é sinônimo de incomunicabilidade). E mais, a doutrina afirmava que a cláusula de inalienabilidade também implicaria na impenhorabilidade do bem, já que o objetivo da penhora é a alienação da coisa penhorada para satisfação do credor/exequente.

O art. 1911 do nCCB, incorporou tais idéias, dizendo que a cláusula de inalienabilidade importa, outrossim, no ato de liberalidade, a incomunicabilidade e a impenhorabilidade.

O art. 650, I, do CPC, apresenta uma exceção da impenhorabilidade dos bens inalienáveis prevista no art. 649, inciso I do CPC, porque permite a penhora, na falta de outros bens, dos frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, salvo se destinados a alimentos de incapazes, bem como de mulher viúva, solteira ou desquitada, ou de pessoas idosas. **(Essa parte, de mulher viúva/solteira/desquitada, com a igualdade entre e homem e mulher, não foi recepcionada pela CRFB/88; pessoas idosas têm proteção pela CRFB)**

OBS:

1) A inalienabilidade compreende a incomunicabilidade e a impenhorabilidade?

A propósito do art. 1911, caput, que diz que a cláusula de inalienabilidade implica impenhorabilidade e incomunicabilidade, a doutrina diz que a recíproca não é verdadeira, ou seja, se o autor da liberalidade grava a coisa ou as coisas de incomunicabilidade, por exemplo, o cônjuge do beneficiário não tem meação sobre esse bem, mesmo casado pela comunhão universal; porém, pode o beneficiário aliená-lo a título gratuito ou oneroso. Ex.: José grava herança da filha só com incomunicabilidade; se casou em comunhão universal, o marido dessa moça não vai receber metade desses bens como meação, mas ela pode alienar (vender, doar) – no caso da comunhão universal, para alienar bens particulares é necessária a outorga marital/uxória ou, se a recusa for injusta, o suprimento judicial pelo juiz.

Do mesmo modo, um bem gravado só com impenhorabilidade, que não pode ser penhorado, tal cláusula não impede sua alienação pelo dono, a título gratuito ou oneroso, em relação a terceiros.

2) Lei só fala em alienação gratuita. Em alienação onerosa (venda do bem) pode-se estabelecer uma cláusula de inalienabilidade? Caso afirmativo, em se vendendo a coisa, haverá nulidade ou ter-se-á que pagar perdas e danos?

A doutrina tem entendido que como o negócio jurídico tem como suporte a autonomia privada, que não há nenhuma restrição em contrário, é possível num negócio oneroso como a compra e venda, por exemplo, que o transmitente oponha, com anuência do adquirente, a cláusula de inalienabilidade do bem vendido. Porém, já que a alienação é onerosa, existe pagamento de preço, se o adquirente pôr sua vez alienar a coisa a qualquer título, descumprindo a cláusula, não haverá nulidade da transferência (porque você pagou o preço) e sim pagamento de perdas e danos do inadimplente alienante em face do instituidor da cláusula. (Vale lembrar que a cláusula de inalienabilidade só vale em 1º grau, o que significa que Luiz instituiu a cláusula, vitalícia ou temporária, ao alienar um bem para Marco Aurélio, e se Marco Aurélio morrer extingue-se o gravame; e, se Marco Aurélio quiser que continue, terá que fazer um testamento colocando a cláusula; Luiz não poderá, ao alienar, estabelecer cláusula que proíba os herdeiros de Marco Aurélio de alienarem o bem – isso é absolutamente proibido, pois há cláusula de inalienabilidade em 2º grau, e a inalienabilidade é uma exceção à regra da livre circulação de bens – a única chance desse bem continuar inalienável é o próprio Marco Aurélio fazer um outro testamento que diga que, por ocasião de sua morte e, agora, por **justa-causa**, haverá inalienabilidade na legítima dos seus herdeiros necessários. (Novidade no nosso Direito, inserida pelo nCCB: justa causa deve ser colocada quando gravar a legítima dos bens de ascendentes/descendentes/cônjuges)

O nCCB em relação à quota legitimária dos herdeiros necessários, que no atual diploma, art. 1845, são os descendentes/ascendentes/cônjuges, literalmente, determina o art. 1848 que essa legítima só pode ser clausulada com inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade se o autor da herança estabelecer no testamento uma justa causa para tanto. Justa causa que é uma expressão genérica que deve ser averiguada pelo juiz, no caso concreto, se ela será subsistente ou não, pois se o juiz entender que a causa da restrição é irrelevante, não tendo fundamento jurídico, não havendo legítimo interesse econômico, ele poderá dispensar a cláusula restritiva e o bem irá livre para o(s) herdeiro(s) necessário(s). – ou seja, nunca um Código do mundo teve tanta cláusula aberta quanto o nosso Código de 2003; justa causa depende do caso concreto e quem decidirá será o juízo do inventário que atrai todos os interesses do espólio; se for uma questão de auto-indagação, o juiz decidirá numa ação própria (art. 998 do CPC), não dentro dos autos de inventário – o próprio herdeiro pode entrar com uma ação declaratória a fim de derrubar a justa causa e comprovar que a cláusula foi estabelecida, que o bem foi gravado, injustamente, e que a justa causa é inverídica. (**justa causa, assim, é cláusula aberta**)

Caso o testador grave o bem com uma cláusula de inalienabilidade tanto na coisa como nos frutos, a maioria doutrinária, normalmente, diz que essa inalienabilidade nos frutos é não escrita: tira-se um bem de circulação e, também, os frutos de circulação, perde-se o sentido da existência de um direito natural de propriedade. Para alguns vale por se tratar de autonomia privada, porém.

Só uma justa causa óbvia e ululante: quando você grave um bem de incomunicabilidade – Não quer que se dê de mão beijada patrimônio a terceiro (noivo/noiva) – o Projeto 69/60 modifica isso.

OBS: Em relação à cláusula de incomunicabilidade, como a doutrina entende que a causa desta cláusula é, de certo modo, óbvia, de não permitir que um estranho à família venha, pelo casamento, a obter meação de bens sem qualquer esforço, o Projeto 69/60 pretende alterar o art. 1848 do nCCB, exigindo a justa causa apenas na hipótese de inalienabilidade e impenhorabilidade e não, portanto, na hipótese de incomunicabilidade.

Próxima aula / importante:

E o testamento feito antes do nCCB, onde não se inseriu a justa causa? O que prevalecerá? A sua vontade de testador estará sujeita à aplicação das normas do nCCB ou do Código/1916? (Vide art. 2042, nCCB – norma de transição?)

Aula do dia 28/10/2003.

Pelo código novo, o primeiro modo de aquisição da propriedade imobiliária é o usucapião, colocando o legislador no feminino.

Em termos de modo de aquisição, o direito de propriedade no direito brasileiro adquire-se por dois modos: através da aquisição originária, ou através da aquisição derivada.

Aquisição originária é aquela que independe da participação da antigo titular da propriedade ou de terceiros, decorrendo de dispositivos legais, como ocorre na usucapião, na acessão, na ocupação, na desapropriação.

Diz-se que na aquisição originária o novo proprietário livra-se dos vícios e ônus anteriores sobre a coisa.

Essa afirmação não deve ser seguida cegamente. A banca da magistratura, em questão recente, abordou o caso de um imóvel com hipoteca, vindo posteriormente outra pessoa a adquirir a propriedade pela usucapião. Pela regra da aquisição originária, o usucapiente adquirirá a propriedade sem ônus. No entanto, usando-se o bom senso, tendo-se que a característica básica do direito real é que este acompanha a coisa, se alguém começou a possuir com um direito real já constituído, terá o usucapiente que levar este também. É diferente do caso de ter sido o direito real de garantia ser constituído depois de haver começado a posse do usucapiente. Neste caso ele levará o imóvel livre de ônus.

A aquisição derivada é aquela que não prescinde da participação do antigo titular da coisa já que a transferência do bem é feita por este, por ato inter vivos ou causa mortis, ao novo adquirente, como ocorre em uma compra e venda, em uma anulação, em uma permuta, em uma dação em pagamento, pela transição hereditária (causa mortis), sendo que neste último caso, quando alguém morre ou transmite sua herança aos seus herdeiros legais ou testamentários, ela não é originária, porque é o morto que transfere o seu patrimônio aos seus herdeiros. Nesse tipo de aquisição, o novo proprietário como sucessor do antigo proprietário, recebe a coisa com os vícios e ônus anteriores. Em termos de aquisição de propriedade

imobiliária, o novo código inicia como tipos de aquisição a aquisição por usucapião (art. 1238 a 1244), sendo tal modo de aquisição previsto também na CF (arts. 181 e 196) e no estatuto da cidade (lei 10.257/2001), além de súmulas do STF.

Algumas súmulas importantes do STF são:

237 – “o usucapião pode ser argüido em defesa”. O usucapião é usado como exceção de direito material, como defesa contra o autor da demanda petítória ou possessória.

391 – “o confinante certo deve ser citado pessoalmente para ação de usucapião”. Pretende-se com a ação de usucapião é a sentença declaratória (maioria da doutrina e jurisprudência) que dê a certeza do direito material. O direito real é um direito oponível erga omnes, sendo réu em uma ação de usucapião todas as pessoas que tenham relação ou eventual interesse (art. 931 do CPC). No chamamento de terceiro interessado por edital, obrigatório na ação de usucapião, não há a atuação do curador especial, pois não há identificação nem faz coisa julgada contra estes.

340 – “desde a vigência do CC os bens dominicais como os demais bens públicos não podem ser usucapidos, pois estão fora do comércio jurídico”. Quando o bem objeto de usucapião não esteja registrado no nome de quem quer que seja, significa tratar-se de bem público, de terra devoluta ou devolvida, pertencente à União ou aos Estados, sendo o bem insuscetível de usucapião (Maria Silvia Di Pietro). O STJ, do RESP 107640/2000, disse que cabe ao poder público, que alega ser o terreno devoluto em ação de usucapião o encargo de provar que esse bem é devoluto e não o próprio o usucapiente, já que o poder público está alegando tal situação, o ônus da prova cabe a quem alega, e por ter melhores condições de realizar essa afirmação do que o particular. Não é pelo fato de a terra não estar registrada em nome de quem quer que seja que o bem se torna um bem público.

O STJ tem firmado jurisprudência, como por exemplo, nos recursos especiais 36.959/2001 e 209.967/1999 “que o poder público não adquire a propriedade dos bens que integram a herança jacente até que seja declarada a vacância, de modo que nesse interregno estão sujeitos à usucapião, ou seja, o bem só seria considerado público depois da sentença judicial no procedimento de herança jacente que transformasse por sentença essa herança que jaz sem herdeiros conhecidos em herança vaga (art. 1822 do novo CC, 1594 do CC de 1916), podendo a usucapião consumir-se em favor do particular antes disso”.

Ex: João morreu sem herdeiros ou sucessores conhecidos. Tinha um terreno que estava sendo usucapido por Pedro. Quando ele Morreu, faltavam 2 anos para a consumação do usucapião. Há a herança jacente. Faz a arrecadação dos bens e nomeia-se um curador.

Esse tempo entre a morte e a sentença que transforma a herança jacente em herança vacante, consumou-se a usucapião.

Para os Procuradores, sendo a sentença declaratória, o bem é público desde a morte, não podendo ser usucapido.

Para a Defensoria e para o STJ só vai haver propriedade do poder público a partir da sentença de vacância para frente. Tecnicamente está errada.

REPS 16959 – “O Estado não adquire a propriedade dos bens que integram a herança jacente até que seja declarada a vacância, de modo que nesse interregno estão sujeitos à usucapião”.

Esse argumento é utilizado para quem acha que o Poder Público não é herdeiro. Não há para o poder público o princípio da saisina. É um mero sucessor obrigatório. É o único que não pode renunciar a herança.

A expressão usucapião é derivada da palavra latina “usucapio”, ou seja, usu, de usar, utilizar, e capio, de obter a coisa. Portanto, usucapião que dizer obter a coisa pelo uso.

Usucapião nada mais é do que o fenômeno jurídico que permite a alguém transformar a sua posse com determinados requisitos legais em propriedade ou outros direitos reais

usucapíveis, como por exemplo, usucapião de usufruto, de uso, de habitação, de enfiteuse, de servidão e direito real de superfície.

A justificativa para o usucapião é a sua finalidade social, ou seja, a sua importância está em garantir a segurança das relações sociais, contribuindo para a tranquilidade social, premiando aquele que embora não seja dono da coisa, explora essa coisa economicamente em detrimento do titular que descumpra a função social da propriedade. Função social da propriedade está prevista na CF. Assim sendo, se o sujeito não obedece a função social da CF (art. 5º, XXIII, art. 170, III, e art. 186, IV), acaba perdendo a sua propriedade pelo usucapião.

O CC de 1916 e o novo CC filiaram-se ao sistema da dualidade da prescrição, regulamentando tais prescrições em capítulos diferentes, ao contrário de alguns códigos. Na parte geral regulamentou a prescrição extintiva ou liberatória, onde o credor inerte, tendo o seu direito subjetivo violado, pelo decurso do prazo perde a sua pretensão de direito subjetivo, ou seja, se alguém lesionou o seu direito de crédito deixando o tempo passar perde-se não o direito subjetivo e sim o elemento estrutural dele que é a pretensão.

Na parte relativa aos direitos reais, o legislador regulou a usucapião denominada pela maioria da doutrina como sinônimo de prescrição aquisitiva, que é essencialmente um modo de aquisição de propriedade ou direito real usucapível em que o usucapiente ganha a propriedade alheia contra o antigo dono, sendo considerada pela maioria uma aquisição originária de propriedade.

O Professor Caio Mário acha que é aquisição derivada, porque para ele só há um tipo de aquisição originária, todas as demais são derivadas, que é aquela em que alguém apreende, ocupa a res nullis, coisa de ninguém. Para o professor Eder Viana Chamum, que fez parte da comissão que fez o novo código, a aquisição por usucapião é um misto entre aquisição originária e aquisição derivada, porque como aquisição originária o usucapiente não recebe o bem do antigo dono, adquire contra o dono, e derivada porque no fundo o usucapiente defende do antigo dono. O fator operante de qualquer tipo de prescrição é a inércia do titular do direito e o decurso do tempo. O usucapiente acaba dependendo da conduta do antigo dono.

Para Leone, é errado falar-se em dois tipos de prescrição (extintiva e aquisitiva). Para ele só há um tipo de prescrição que é aquela que há perda da pretensão e não do próprio direito, que é a prescrição extintiva. Não aceita a prescrição aquisitiva. Neste caso há apenas usucapião.

Requisitos para a usucapião.

Os requisitos para a usucapião são requisitos fáticos, já que a aquisição pela usucapião é um fato jurídico complexo, pessoais, relacionados a pessoa do usucapiente e do proprietário da coisa e requisitos reais relacionados à coisa a ser usucapida.

Primeiro requisito – Lesão à posse alheia;

Segundo requisito – Posse ad usucapione por parte do possuidor; e não apenas posse ad interdicta; nem toda posse permite a obtenção da coisa pela usucapião; nem toda posse leva ao usucapião, como, por exemplo, acontece com o possuidor direto, enquanto durar a relação jurídica temporária de posse desmembrada. No entanto, a doutrina e a jurisprudência vêm afirmando majoritariamente ser possível a mudança da causa da posse ou intervenção do título da posse para efeitos de usucapião (art. 1203 do novo CC), quando em determinado momento a posse de iniciou direta, apenas ad interdicta, passa a ser plena e a partir daí ad usucapione, havendo oposição franca, fática ou jurídica do ex possuidor direto contra o possuidor direto, permanecendo este inerte, sem qualquer providência;

Para Silvio Rodrigues não é possível a intervenção do título da posse.

RESP 154733DF/2000- 4ª Turma: “O usucapião extraordinário reclama tão somente a posse mansa e ininterrupta exercida com ânimo de dono e decurso do prazo de 20 anos.

Presunção iure et de iuris de boa-fé e justo título, e segundo ensinamento da melhor doutrina, nada impede que o caráter originário da posse se modifique, motivo pelo qual o fato de ter havido no início da posse da autora um vínculo locatício, não é embaraçoso ao reconhecimento de que a partir de determinado momento esta mesma mudou de natureza e assumiu a feição de posse em nome próprio, sem subordinação ao antigo dono, e por isso mesmo com força ad usucapione. Ação de usucapião procedente”.

Terceiro requisito – A inércia do titular do direito pretendido; é um dos fatores imprescindíveis e fundamentais para a consumação da usucapião, ou seja, é preciso que a posse do usucapiente seja mansa, pacífica, continuada, sem interrupção, ou seja, sem solução de continuidade, sem oposição fundada durante o prazo consumativo da prescrição aquisitiva (arts. 1238, caput e 1243 do novo CC).

No caso de terceiro entrar com a ação contra o usucapiente não interrompe o prazo da prescrição aquisitiva, pois a oposição tem que ser fundada, ainda que a mando do proprietário.

No caso do proprietário entrar com ação contra o possuidor, julgando o juiz extinto o processo sem julgamento do mérito, o STJ tem dito que mesmo que o Juiz extingua o processo por parte do titular da coisa em face do possuidor estará prejudicado a usucapião, pois ficou demonstrado a oposição do titular da coisa contra o usucapiente, não havendo aqui inércia, ocorrendo a interrupção da prescrição aquisitiva, já que pelo art. 1244, estende-se ao possuidor o disposto quanto ao devedor acerca das causas que obstam, suspendem ou interrompem a prescrição as quais também se aplicam à usucapião.

No caso de extinção do processo com julgamento do mérito, negando o pedido do requerente, não haverá interrupção da prescrição.

O STJ entende que nos casos de ação de renúncia de obra pelo usucapido, interrompe-se a usucapião, demonstrada a oposição deste.

Em suma, todas as chamadas causas preclusivas de prescrição extintiva, por força da regra antes mencionada, se aplicam também à usucapião, seja a causa de impedimento ou suspensão da prescrição extintiva (arts. 197 a 201 do novo CC) sejam as causas que interrompem a prescrição extintiva (arts. 202 a 204 do novo código).

Suspensão, impedimento e interrupção da prescrição.

No impedimento de prescrição, a lesão ao direito subjetivo alheio ocorre, porém já está presente o fato preclusivo previsto em lei e desse modo o prazo prescricional, seja extintivo ou aquisitivo, nem sequer começa a correr, só podendo se iniciar ao ser removido esse fato.

Na suspensão, a lesão ao direito subjetivo alheio já ocorreu, o prazo de prescrição extintiva ou de usucapião já começou a correr, porém, de repente ele fica suspenso pela presença do fato preclusivo previsto em lei, reiniciando a contagem ao ser removido este fato e para efeitos de consumação da prescrição, soma-se o primeiro período decorrido com o segundo período. Para se verificar se a hipótese é de impedimento ou suspensão tem-se que verificar a data da lesão e se a causa preclusiva já estava presente. Se estivesse presente, impedimento, se só surgir depois, suspensão.

Esses casos, *numerus clausus*, estão previstos nos artigos 197 a 201 do novo CC.

Os casos do art. 197 podem ser de impedimento ou de suspensão, dependendo do momento do fato.

Na constância da sociedade conjugal não corre para proteção do casamento, evitando-se a lide entre os cônjuges.

O pai pode usucapir bens dos filhos desde que não esteja exercendo o pátrio poder.

O art. 197, I a III, impede a fluência de qualquer tipo de prescrição, seja por impedimento, seja por suspensão, por interesse social na manutenção da família, seja na

constância da sociedade conjugal, seja na Constancia do poder familiar, seja enquanto persistir família substituta a tutela ou curatela.

Já o art. 198, I a III, protege não propriamente situações jurídicas, como no art. 197, e sim especificamente em relação à determinadas pessoas que necessitam de proteção.

O exemplo do inciso primeiro, não corre prescrição contra os absolutamente incapazes, mencionados no artigo terceiro do novo código, sejam os menores de 16 anos, sejam os loucos, os doentes mentais graves, estejam eles interditados ou não.

Aquele que desaparece de seu domicílio deixando bens, não se sabendo se está vivo ou morto, no CC de 1916 era considerado absolutamente incapaz, desde que a ausência fosse declarada por sentença (art. 5º, IV) e, portanto, enquanto durasse o procedimento de ausência os bens do ausente não poderiam ser usucapidos. No entanto, o professor Leone e outros sempre entenderam que tecnicamente o ausente não era absolutamente incapaz, a não ser que desaparecessem por motivos mentais e, portanto, contra ele corria prazo de usucapião. Hoje a questão está pacificada, pois no novo código esse ausente não é mais considerado incapaz.

No exemplo clássico de prova, em que “A” é o proprietário e “B” é o usucapiente de um imóvel. “B” preenche os requisitos de usucapião. “A” morre e deixa três herdeiros, sendo que um é louco, não estando interditado. Pode-se consumir a usucapião?

O prazo estava correndo normalmente. Com a morte, imediatamente a propriedade se transfere aos herdeiros. Trata-se de um caso de suspensão do prazo, pois não corre prescrição contra absolutamente incapaz. Não se pode usucapir parte porque a herança é bem indivisível até a partilha, havendo também solidariedade. No momento da partilha, estando individualizados os bens, vindo o imóvel a ser partilhado para um dos herdeiros sãos, apesar da partilha ser um caso constitutivo com eficácia retroativa, o prazo volta a correr com esta, pois se fosse o contrário, a suspensão do prazo ficaria sem sentido.

30/10/2003, Reais.

Nos casos e pessoas casadas, a prescrição não corre quando na vigência da sociedade conjugal. Em caso de pessoas casadas mas separadas de fato a prescrição corre normalmente.

O legislador, no art. 198, II diz que contra as pessoas que estejam ausentes do país, servido à União, aos Estados, aos Municípios e também, segundo a doutrina, as Autarquias, contra essas pessoas, até pela dificuldade de defenderem seus interesses, estando no exterior e prestando serviço público, não corre qualquer tipo de prescrição.

Há quem entenda, como o professor Capanema, que também em relação às pessoas que trabalham nas empresas públicas ou sociedades de economia mista, embora pessoas jurídicas de direito privado, são controladas pelo poder público, contra estas pessoas no exterior não corre nenhum tipo de prescrição.

O art. 198, III o legislador diz que não corre prescrição contra as pessoas, militares ou não, no país ou no exterior que estejam servido às forças armadas em tempo de guerra.

Um médico convocado pelas forças armadas para a convocação de recrutas dentro do país em caso de guerra, não corre contra ele a prescrição.

Já o art. 199 diz que não corre prescrição pendendo condição suspensiva, já que o titular de um direito sob tal condição, ainda não o adquiriu. Ex: morto o testador fideicomitente, o fideicomissário tem direito sob condição suspensiva e o fiduciário propriedade resolúvel, cabível a usucapião da propriedade resolúvel contra o fiduciário, usucapião que não produz efeitos em relação ao fideicomissário.

O mesmo artigo diz que não corre prescrição se o direito de alguém for a termo inicial, já que a pessoa não começou ainda a exercitá-lo, não havendo lesão ao seu direito e também não corre pendendo ação de evicção. Regras que não têm importância para a usucapião.

Evicção é a perda de um direito por força de uma decisão judicial. É um elemento natural em um contrato de compra e venda.

Interrupção da prescrição aplicada ao usucapião:

O art. 202, I a VI, nos traz, repetindo o art. 162 do código anterior, as hipóteses de interrupção da prescrição extintiva, também aplicáveis ao usucapião.

Interromper prescrição significa realizar determinado fato previsto por lei, fato que em regra tem a iniciativa do titular do direito violado, incisos I a V desse artigo 202, podendo, porém, nascer de um ato praticado pelo violador do direito alheio. No nosso caso, pelo próprio usucapiente, destruindo o lapso prescricional que corria a seu favor. Ocorrida a interrupção, ela recomeça a correr por inteiro a partir do ato que a interrompeu ou do último ato do processo em que foi havida a destruição do prazo. Nesse último caso, prescrição intercorrente. E em ambos os casos, desde que haja inércia do titular do direito, e como novidade o particular agora só pode interromper a prescrição por uma só vez.

Na interrupção o prazo volta a correr por inteiro, desde que haja a inércia.

Art. 202, I do CC.

Hoje, pelo novo CC, não é mais a citação que interrompe a prescrição. É o despacho do Juiz, mesmo incompetente, que determinar a citação, se o interessado promover a citação no prazo e na forma processual. Tem que diligenciar essa citação nos termos do art. 219 e seus parágrafos do CPC e a súmula 106 do STJ diz que se a inércia para realização da citação for um serviço judiciário, a prescrição se considera interrompida.

O inciso II do art. 202, interrompe-se a prescrição, pelo protesto, nos moldes do inciso antecedente. O protesto significa medida cautelar de interrupção de prescrição, seja extintiva ou aquisitiva.

O inciso III é o caso do protesto cambial. É uma modificação que revoga uma súmula do STF. A finalidade do protesto cambial é atestar a impontualidade do devedor.

O inciso V do art. 202 diz que qualquer ato judicial que tenha por finalidade constituir em mora o devedor, como notificações, interpelações, além do protesto já mencionado, destrói totalmente o lapso prescricional.

Notificações ou interpelações por títulos ou documentos são considerados atos extrajudiciais que não interrompem a prescrição. O que o legislador quer é a atuação do juiz intervindo nesta interrupção.

Finalmente, no inciso VI, o legislador revela uma hipótese de que o próprio usucapiente ou prescridente destrua o prazo prescricional que vinha contando a seu favor, quando ele praticar ato inequívoco mesmo fora de Juízo, verbalmente ou por escrito em que ele reconheça o direito do proprietário ou do credor, ou seja, nos incisos I a V, quem interrompe a prescrição é o credor. No inciso VI é o devedor ou usucapiente.

No artigo 203, o legislador resumiu o artigo 174 do código anterior dizendo que qualquer pessoa que tenha legítimo interesse econômico pode interromper a prescrição, seja extintiva, seja aquisitiva. Tem que comprovar o interesse econômico.

Hoje em dia, com a supressão do art. 507, parágrafo único, do código de 1916, que dizia quais eram os critérios para a melhor posse, o entendimento da doutrina mais avançada é de

que o Juiz deve privilegiar sempre a posse social em detrimento do proprietário inerte e na dúvida sobre a consumação do usucapião, já há quem entenda que o Juiz deve beneficiar o possuidor com posse trabalho ou social.

Quanto à pessoa que pode usucapir, ou seja, a favor de quem se opera o usucapião, parte da doutrina e da jurisprudência entendem que o absolutamente incapaz, seja por idade, seja por problema mental, não pode usucapir, até porque não teria discernimento para ser possuidor além da inexistência de *animus domini*, ressalvando-se, porém, que o representante legal do incapaz (art. 1205, I do novo CC) possa usucapir em nome o incapaz, já que pode Ter posse em nome deste. Para essa corrente, o menino de 13 anos não pode nem Ter posse.

Para o professor Caio Mário o absolutamente incapaz, desde que tenha algum discernimento e compreensão ao realizar atos possessórios, bastaria essa capacidade natural para ser possuidor independentemente de representante. Assim, por exemplo, o titular de 12 anos pode ser considerado possuidor em relação às coisas que detém materialmente. Pontes de Miranda entende que o louco pode possuir, porém, na prática, é difícil afirmar o *animus domini*, o elemento subjetivo indispensável ao usucapião de propriedade em relação à essas pessoas.

O STJ tem um acórdão que só considerou a posse de um menino a partir dos 16 anos para aquisição de usucapião. No mesmo sentido Wilson Marques.

Requisitos reais do usucapião:

Além de não caber usucapião de bem público, a doutrina e a jurisprudência discutem se é possível alguém usucapir uma propriedade onerada convencionalmente com cláusula de inalienabilidade. Alguns entendem que não é possível esse usucapião porque a cláusula de inalienabilidade teria eficácia erga omnes, ou seja, eficácia real, oponível até ao usucapiente. Além do mais, esse raciocínio impediria a fraude, o conluio entre o proprietário da coisa inalienável e o usucapiente, visando eliminar esta restrição.

Isso é altamente controverso.

No entanto, o STJ, ultimamente vem entendendo que é possível a usucapião mesmo havendo cláusula de inalienabilidade convencional, tendo em vista tratar-se de aquisição originária, que prescinde da atuação dos proprietários anteriores da coisa, cláusula que não pode Ter eficácia contra o usucapiente, na falta de determinação legal.

Haverá condomínio ou comunhão no domínio, não havendo dúvida que o bem possa ser usucapido por um terceiro, estranho à comunhão e em princípio, não poderia um dos condôminos usucapir esse bem contra os demais condôminos, já que todos eles podem exercer posse sobre a coisa toda independentemente do tamanho da fração ideal ligada a um (art. 1335 do CC). No entanto, Clóvis Beviláqua e a jurisprudência sempre entenderam que no condomínio comum, um condômino pode usucapir a coisa toda por usucapião extraordinário em face dos demais, desde que fique claro que o usucapiente se opõe a todos os demais em uma verdadeira lesão possessória e os outros condôminos nada fazem, permanecem inertes até a consumação do usucapião do bem todo em favor do usucapiente.

O usucapião extraordinário independe de justo título e boa-fé.

Assim sendo, nos casos em pauta, a providência a ser tomada pelos outros condôminos são as ações possessórias.

O que não é possível é a usucapião de condomínio horizontal (art. 1331, § 3º e lei 4591/64).

Sentença de usucapião, seus efeitos e natureza jurídica.

Para quase totalidade dos autores, a sentença na ação de usucapião, regulada no CPC, como um procedimento ordinário, tem natureza declaratória, ou seja, não é a sentença judicial que transforma o usucapiente em dono ou titular da coisa. A propriedade ou o direito real usucapível é adquirida pelo conjunto de requisitos legais, pessoais e reais, inerentes ao instituto, como posse adusucapione, de maneira mansa, pacífica, sem oposição fundada, por

determinado período, previsto pelo legislador, às vezes se exigindo, como no usucapião ordinário, justo título e boa-fé, sendo admissível, como já foi visto, a soma das posses que o possuidor em relação a seus antecessores no fenômeno da *accessio possessionis* (art. 1246 do novo CC, art. 1206, 1207 do mesmo diploma).

Em alguns tipos de usucapião, especialmente o usucapião constitucional, urbano ou rural (art. 191 e 183 da CF, art. 1239 e 1240 do código atual e art. 10 do estatuto da cidade), o legislador só admite essa soma das posses entre o antigo possuidor e membros de sua família, desde que todos estejam realizando sobre a coisa posse social, agrária ou urbana. Não se admite que um estranho, passados alguns anos, inicie a sua posse, que ocorria anteriormente numa determinada família e queira aproveitar-se da posse anteriormente ocorrida para efeitos de usucapião rural ou urbano. Ele teria que contar a sua posse social no início ao fim do ato de 5 anos.

Se o José da Silva invade o terreno alheio, e passa a cultivar o terreno, passados 3 anos, ele morre, sua mulher e filhos continuaram cultivando pelo prazo de 2 anos, consuma-se o usucapião.

Em suma, a sentença de usucapião reconhece o direito préexistente, a propriedade pré existente do usucapiente, servido como título declarativo dessa titularidade, liberando o poder de disposição do usucapiente, sendo o registro dessa sentença no RGI não constitutivo do direito do autor e sim meramente declaratório (art. 167, I da lei dos registros públicos). Embora ela seja indispensável para a certeza do direito do usucapiente para a publicidade da existência de um novo titular da coisa e também para obedecer ao princípio da continuidade do registro imobiliário, já que um registro deve se entrelaçar ao outro de maneira lógica (art. 195, 236, 237 da lei 6015/73), ou seja, se um imóvel está registrado em nome de determinada pessoa ao passar para o nome da outra pessoa essa transmissão deve Ter o título lógico judicial ou extrajudicial, liberando o poder de disposição como titular da coisa.

Nelson Nery Júnior entende que o registro tem uma feição constitutiva, mas é minoritário.

Em determinados tipos de usucapião, com influência absoluta de posse social, o legislador excepcionalmente permite não a imposição do artigo 1241, parágrafo único, do novo CC, quando o possuidor requer ao Juiz a declaração da aquisição por usucapião, sentença é título hábil para ser levada ao RGI e se na hipótese do art. 7º da lei 6969/81, e artigo 13 do estatuto da cidade, quando admite servir como título declaratório da usucapião agrária ou rural a sentença do Juiz que julgar improcedente a demanda possessória ou petitoria onde se reconheceu como verdadeira a exceção de usucapião (súmula 237 do STF).

Alguns entendem que esses artigos são inconstitucionais.

No caso de proprietário de fato que quer reaver a coisa, pode entrar com a possessória ou usar o argumento de dono, servindo a ação publiciana, que é a reivindicatória que beneficia o proprietário de fato.

04.11.Reais.

Em matéria de propriedade, quando o dono, por usucapião, que não tem sentença declaratória, ou seja, não tem certeza jurídica da propriedade, em caso de perda da posse, poderá entrar com a ação publiciana, que é a ação reivindicatória de um proprietário de fato, uma pessoa que é dona e não tem o título do domínio.

A ação reivindicatória é a ação do proprietário não possuidor em face do possuidor não proprietário.

O usucapiente precisa da sentença declaratória do usucapião para que ele tenha certeza do seu direito, ou seja, uma certeza jurídica, para que obedeça ao princípio da continuidade do registro imobiliário. Com isso ele libera o seu poder de dispor.

A questão do MP feita pelo professor Marco Aurélio foi o caso em que “B”, que sofreu a usucapião para “A”, vende a propriedade para “C”.

Se o “C” estiver de boa-fé, a contrário sensu do art. 1212 do CC, não poderá ser julgada procedente a ação possessória.

Só resta para “A” a ação publiciana.

O único que acha que a sentença na ação de usucapião é constitutiva do direito do autor. Aceitando-se isso, a pessoa só é dona com a sentença, e não com o preenchimento dos requisitos legais.

- **Dos efeitos da sentença de usucapião.**

A doutrina e a jurisprudência discutem, uma vez transitada em julgado a sentença de usucapião, que é declaratória (art. 1241 do novo CC e art. 921 do CPC), até onde seus efeitos, que são ex tunc, ou retroativos, alcançam.

Para uma primeira corrente, a sentença retroage seus efeitos à data do termo inicial da posse do usucapiente, ou seja, ele é considerado dono a partir dali, sabendo-se que se a posse se iniciou através da violência ou da clandestinidade, a posse só se inicia, na realidade, com a cessação dessa violência ou clandestinidade (art. 1208, segunda parte).

Aliás, nos termos do art. 1288 do código civil português, invocada à usucapião, os seus efeitos retrotraem à data do início da posse (Lenine Nequete, em sua excelente obra).

A vantagem desse pensamento é que se o ex-proprietário constituiu direito real sobre a coisa ou direito pessoal, efetuou um ato a non domino.

Os efeitos da sentença retroagem ao termo inicial da posse.

Murilo Andrade de Carvalho, examinador da magistratura, adota tal posicionamento.

Se o ônus real foi constituído antes da aquisição da posse pelo usucapiente, pelo princípio da ambulatoriedade, este levará também este ônus.

Para uma segunda corrente, os efeitos da sentença de usucapião retroagem ao termo final da posse, ou seja, o usucapiente só é titular da coisa no momento da consumação do usucapião.

Para uma terceira corrente, a própria sentença, transitada em julgada, é que confere a titularidade da coisa. É a corrente de Silvio Rodrigues.

Obs: com relação ao automóvel furtado, o STJ entende que não há inércia, não podendo levar ao usucapião. A questão da ilegalidade não é suficiente, pois o usucapião extraordinário pode ter por base uma posse ilegal.

- **DA USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA DE BEM IMÓVEL (ART. 550 DO CC DE 1916, ART. 1238, PARÁGRAFO ÚNICO DO NOVO CC C/C ART. 2028 DT)**

Neste tipo de usucapião, longe tempore, tem como requisito objetivo a posse mansa, pacífica, sem interrupção, nem oposição fundada, com aquisição de propriedade independentemente de justo título e boa-fé, já que consumado esse usucapião, a boa-fé se presume de maneira absoluta. O decurso do tempo também é requisito objetivo. Quando o código civil entrou em vigor o prazo era de 30 anos. Posteriormente esse prazo foi reduzido para 20 anos (art. 550 do antigo CC). Agora, foi novamente reduzido pelo novo código para 15 anos (art. 1238) com uma novidade no parágrafo único do mesmo artigo: na usucapião

extraordinária de bem imóvel com posse social, ou seja, o prazo se reduz mais ainda para 10 anos se o usucapiente use o imóvel como moradia ou nele realiza obras ou serviços de caráter produtivo, como, por exemplo, plantações, que será apreciado no caso concreto pelo Juiz. Em ambos os tipos de usucapião extraordinária do novo CC continua se exigindo como elemento subjetivo o animus domini, traduzido pela expressão “possuir como seu imóvel”. Aliás, o que interessa para a configuração do animus domini não é apenas possuir como seu, ou seja, com autonomia, o que decorre em qualquer tipo de posse, e sim a intenção de transformar-se em dono da coisa, o animus domini, que não pode ser confundido com a opinio domini. Tem opinio domini aquele que acha que a coisa juridicamente lhe pertence e tem animus domini a pessoa física ou jurídica que tenha a intenção de transformar-se em dono da coisa mesmo que saiba que o bem não lhe pertence, até porque a boa-fé é dispensável na usucapião extraordinária. Já sabemos que para se ter animus domini não basta a intenção de querer se transformar em dono, é preciso que o ordenamento jurídico permita esse animus domini, que não pode ocorrer, por exemplo, em se tratando de bem público, de coisa sacra, nem se tratando de possuidor direto enquanto possuidor, salvo se ficar comprovada a intersversão da posse, ou mudança do título da posse, para efeitos de usucapião (art. 1203 do novo código), fenômeno admitido inclusive pelo egrégio STJ em acórdão recente da 3ª Turma, julgado em 16/09/2003.

Promitente comprador de imóvel, tendo posse direta ao começar a pagar as primeiras prestações, não pode obter a coisa por usucapião.

Assim sendo, o promitente comprador, com posse há 30 anos, deve entrar com ação de adjudicação compulsória.

Ocorre que o STJ entende que quando há o primeiro pagamento da primeira prestação, já há mudança do título da posse.

RESP 220200/SP: “Transformação do caráter originário da posse. Dissídio. Caracterização. O fato de ser possuidor direto na condição de promitente comprador de imóvel, a princípio, não impede que este adquira a propriedade do bem por usucapião, uma vez que é possível a transformação do caráter originário daquela posse de não própria para própria”.

Nesse acórdão, o STJ reafirmou a possibilidade de ocorrência do fenômeno jurídico conducente ao usucapião denominado intersversão da posse, além de também reafirmar que o promitente comprador de imóvel, a partir do momento que o compromisso de compra e venda esteja quitado, com ou sem cláusula de arrependimento, transforma sua posse direta sobre o bem compromissado, apenas ad interdicta, em posse ad usucapione, portanto, plena, e desde que reunidos os requisitos legais, inclusive o decurso do tempo, a partir daí pode obter a coisa pela usucapião.

Não se entre com a ação de adjudicação compulsória nestes casos pelo fato de se argüir prescrição, mas é infundado, pois o direito do promitente comprador é um direito sob condição suspensiva (art. 199, I do novo CC).

Questão que está interessando muito a doutrina no momento é a aplicação do direito intertemporal na usucapião, ou seja, se o prazo da usucapião extraordinária sem posse social foi reduzido de 20 para 15 anos, em qual dos prazos a aquisição da coisa vai se consumir, tendo a posse ad usucapione se iniciado na vigência do código antigo? Será o prazo da lei antiga? Será o prazo da lei nova? Ou se misturam ambos os prazos?

O art. 2028 do novo CC pretende resolver esta questão e segundo a professora Maria Helena Diniz, esse artigo se aplica, seja para prescrição extintiva, seja para prescrição aquisitiva ou ad usucapione, bem como aos prazos decadenciais desde que não tiverem ainda começado a fluir (Humberto Theodoro Junior).

Este artigo 2028 diz que serão os da lei anterior os prazos quando reduzidos por este código e se na data de sua entrada em vigor já houver transcorrido mais da metade do tempo

estabelecido na lei revogada, ou seja, se o prazo para o usucapião extraordinário sem posse social foi reduzido pelo novo código de 20 anos para 15 anos, é preciso que o intérprete verifique, para efeitos de consumação da usucapião, qual o tempo de posse já decorrido, posse iniciada sobre o império do código anterior. Se já decorreram mais da metade do tempo estabelecido no código antigo, ou seja, mais de 10 anos, a usucapião se consumará no prazo do código de 1916.

Ex: ao entrar em vigor o novo código, Marco possuía com animus domini imóvel de Antonio há 13 anos, o tempo que falta para consumação da usucapião são 7 anos, pelo prazo antigo.

Vamos supor que esta posse, ao entrar em vigor o novo código, já estivesse fluído por apenas 9 anos. A lei a ser aplicada em relação ao prazo de usucapião é o novo código e o tempo restante para consumação será de 6 anos.

No entanto, a matéria é controvertida.

Segundo o parágrafo 169 da lei de introdução ao BGB, em opinião adotada pelo grande Câmara Leal, maior autor sobre prescrição do Brasil, ao se aplicar o prazo reduzido pela lei nova, aplica-se esse prazo por inteiro, a contar da vigência da nova lei. Porém, se for percebido que contado por inteiro o prazo da lei nova, somado ao tempo decorrido sobre o império da lei antiga, chegar-se a um prazo maior do que o prazo da própria lei antiga, consuma-se a prescrição no prazo da lei antiga. Aí sim, aproveitando-se o tempo anteriormente decorrido.

Não há direito adquirido quando há violação a direito de outrem.

Esse raciocínio é de Cavalieri, Capanema e Luiz Paulo.

Ex: um sujeito estava usucapindo há 9 anos. Entrou o novo código reduzindo o prazo de 20 para 15 anos. Começa a contar 15 anos de novo. Porém, somando-se esse prazo de 15 anos aos 9 anos, dará 24 anos, sendo maior que o prazo antigo. Neste caso, usa-se a lógica do BGB, utilizando-se a lei antiga, restando 11 anos para se consumir a usucapião.

A intenção do legislador foi diminuir o prazo e não aumentá-lo.

Segundo o professor Marco Aurélio, a teor da súmula 445 do STF que ao analisar a lei que reduziu o prazo de usucapião extraordinário de 30 anos para 20 anos, declarou que essa lei se aplicava às situações em curso no momento da entrada em vigor, também, de acordo com a opinião de Paulo Carpenter, há o entendimento de que ao se aplicar o prazo mais curto da lei nova, conta-se aproveitando o tempo decorrido pela lei anterior, ou seja, aproveita-se o prazo que vinha fluindo sob o império do código de 1916.

Se contado o novo prazo do dia do início da prescrição sob a vigência da lei antiga, ele se completar em dia posterior à vigência da lei nova, esse será o dia da prescrição.

Nenhum autor resolveu o problema do parágrafo único do art. 1238 do novo CC. Apenas a professora Maria Helena Diniz.

O art. 1238, parágrafo único reduziu, como vimos, para 10 anos o prazo de usucapião extraordinária com posse social. Pelo art. 2029 do novo CC, até 2 anos após a entrada em vigor deste, os prazos estabelecidos no parágrafo único do art. 1238 serão acrescidos o prazo de 2 anos, qualquer que seja o tempo de prescrição transcorrido sob o império do código de 1916, ou seja, se alguém tiver possuindo com posse social antes do novo código entrar em vigor e até 2 anos de vigência, limitada a 12 de janeiro de 2005, o prazo de 10 anos para consumação da usucapião será acrescido de mais 2 anos, qualquer que seja o tempo de posse transcorrido sob a vigência do código de 1916.

O art. 2028 é um artigo genérico e o art. 2029 é um artigo específico.

06.11.Reais.

Segundo a professora Maria Helena Diniz, quando o intérprete perceber que existe posse ad usucapione, tendo o possuidor estabelecido sua moradia no imóvel objeto de sua posse, ou tendo realizado obras ou serviços de interesse social naquele local, mesmo que a posse tenha se iniciado sob a vigência do CC antigo, esse possuidor não terá que aguardar o prazo previsto no art. 550 do diploma anterior para a consumação da usucapião. Aplica-se para ele o parágrafo único do art. 1238, que é o artigo da usucapião extraordinária com posse social, e acrescenta-se mais dois anos, nos termos do art. 2029, ou seja, o prazo para a usucapião será de 12 anos, podendo, nessa hipótese específica, ser aproveitado o tempo de posse já decorrido até a entrada em vigor do novo diploma.

Essa autora faz menção ao pensamento de Nicolas Estoufe ao afirmar que quando a lei traz uma hipótese de interesse social, especialmente em relação à propriedade, essa hipótese se aplica por interesse público, imediatamente, a partir da sua vigência, sem se que possa discutir direito adquirido de quem quer que seja.

Diz essa autora também que quando o usucapiente, em ação ou exceção invocar a seu favor usucapião extraordinário com posse social, só se aplica o art. 2029, que é uma hipótese específica, e não ao art. 2028, que é uma hipótese genérica, e não abrange essa modalidade de usucapião.

Ex: alguém estava possuindo há 9 anos, com posse social. Entre em vigor o novo CC. O prazo que é de 10 anos, art. 1238 do CC, parágrafo único, acrescenta-se mais 2 anos, art. 2029, para não surpreender o proprietário, qualquer que seja o tempo decorrido. Assim sendo, faltam 3 anos para se consumir o usucapião.

Se ele já tivesse 12 anos de posse, teria que cumprir mais 2 anos.

Havendo posse por 3 anos, faltariam 9 anos.

- **USUCAPIÃO AGRÁRIO, RURAL, PRO LABORE OU CONSTITUCIONAL ESPECIAL RURAL.**

(art. 191, parágrafo único da CF, lei 6969/81, art. 1239 do novo CC).

É modo aquisitivo de propriedade. O legislador pretendeu fixar o homem e/ou sua família no campo, e tem os seguintes requisitos:

1º: Área de terra em zona rural não superior a 50 hectares;

2º: Posse ad usucapione sem oposição fundada nem interrupção por 5 anos;

3º: Posse deve ser tanto do possuidor, e se ele falecer ou se retirar, só pode haver a *accessio possessionis*, ou seja, a sucessão na posse, através de membros de sua família e não sucessão em favor de estranhos. Família no sentido da CF (art. 226), constituída pelo casamento ou pela união estável ou família mono parental (qualquer dos pais e os filhos);

4º: O possuidor e/ou sua família deve tornar produtiva a área durante todo o prazo legal.

* Tornar a área produtiva significa plantar, arar, colher; realizar criação de animais, sendo que o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência é que a área rural de até 50 hectares determina-se pelo critério da localização, ou seja, área fora dos limites urbanos, ficando afastado o critério do **estatuto da terra**, que é o da destinação da área.

5º: O usucapiente deve residir na área além de torna-la produtiva e também não ser titular de outro imóvel rural ou urbano antes ou durante da consumação da usucapião, podendo adquirir propriedade imobiliária depois dessa consumação.

O usucapiente ou seus sucessores pode obter o título declaratório da usucapião através de ação própria (art 1241, parágrafo único) ou então se valerem do art. 7º da lei 6969/81 que diz que a sentença que julga improcedente o pedido de restituição da coisa por ter acolhido a

exceção de usucapião agrário ou rural, exceção promovida pelo usucapiente, vale como título a ser registrado no RGI, independentemente dessa ação própria.

Alguns entendem que o art. 7º da lei 6969/81 é inconstitucional pelo fato de a regra para se obter o título declaratório de usucapião é a ação pleiteando um direito real erga omnes, sendo partes também terceiros interessados. Os limites subjetivos da coisa julgada são consagrados pela CF. O legislador criando esta exceção limita as partes, deixando de fora os confrontantes.

Ocorre que a sentença só gera efeitos entre os litigantes, o que não parece ferir a CF. Neste sentido o STJ.

* A doutrina e jurisprudência não admitem a fraude à usucapião rural, que ocorre quando alguém está de fato possuindo área maior do que 50 hectares e para aproveitar do prazo mais reduzido requer a usucapião rural apenas em relação à área de até 50 hectares, deixando o remanescente para propor no futuro a usucapião extraordinária, até porque tal procedimento surpreenderia o titular do imóvel.

** Embora a maioria da doutrina entenda que não cabe esse tipo de usucapião mesmo sobre terra devoluta, que é terra pública, já que o parágrafo único do art. 191 da CF diz que os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião, os professores Silvio Rodrigues Celso Ribeiro Bastos entendem que ainda está em vigor o art. 2º da lei 6969/81 que permite usucapião agrário sob terras devolutas não indispensáveis à segurança nacional, porque segundo eles a própria CF diferencia terra pública de terra devoluta.

- **USUCAPIÃO ESPECIAL CONSTITUCIONAL URBANO.**

(Art. 183, parágrafos 1º a 3º da CF; 1240 do novo CC; art. 10, § 1º do Estatuto da Cidade – lei 10257/2001).

Este tipo de usucapião, que tem por finalidade garantir ao usucapiente o a sua família o direito de moradia, relacionado à própria dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, c/c art. 6º da CF) é aquele que garante o domínio a um possuidor e/ou sua família se esse possuidor com posse ad usucapione, independentemente de justo título e boa-fé, tal qual o usucapião rural, exercer o poder de fato sobre área urbana de até 250m².

Segundo a maioria dos autores, estes 250m² devem abranger não só o terreno como também a área construída.

Segundo decisão do TJRJ e também o enunciado STJ-85 do Centro de Estudos Judiciários, esse tipo de usucapião, como área urbana, abrange imóvel edificado ou não, inclusive unidades autônomas vinculadas a condomínios edilícios, até porque, não existe proibição em contrário.

A doutrina entende que e a própria lei, como requisito essencial, que o usucapiente ou sua família use essa área como morada, no sentido de domicílio, com intenção de permanência, independentemente do material utilizado na construção ou no abrigo.

Outro requisito é que o possuidor, antes ou durante o período mínimo de posse não pode ser proprietário de outro imóvel, urbano ou rural, não impedindo a declaração de usucapião se obtiver propriedade imobiliária depois da consumação da usucapião.

Nos termos dos artigos 10, § 1º e 13 do Estatuto da Cidade pode haver acesso possessionis apenas entre usucapiente e sua família, que pode ser reconhecido através de ação própria ou através de sentença que julga improcedente a ação petítória ou para alguns até possessória, reconhecendo em favor do exceto (usucapiente) a exceção de usucapião urbano.

O novo CC, em seu art. 1241, diz que poderá o possuidor requerer ao Juiz que seja declarada adquirida mediante usucapião a propriedade imóvel, e o art. 13 é que limita a lei

6969, dizendo que a sentença que julga improcedente o pedido reconhecendo o usucapião urbano vale como título para registro no RGI. Há entendimentos de que o novo CC alterou o estatuto da cidade. No entanto, outro posicionamento é o de que o Estatuto é lei especial.

A CF, em ser art. 183, § 1º e o novo CC, art. 1240, § 1º, falam que o título de domínio e o direito de concessão de uso serão conferidos ao homem ou mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil, ou seja, está admitindo o usucapião urbano em favor de companheiros na união estável.

O direito real de concessão de uso está disciplinado no DL 271/1967, MP 2240/2001 e é um contrato de direito público de natureza real levado ao RGI pelo qual o poder público outorga à pessoa sem teto o direito de uso gratuito ou oneroso sobre próprio estadual.

O Professor Marco Aurélio entende, com base na doutrina do professor Valdez que seria perfeitamente possível que o particular obtivesse pelo usucapião o direito de concessão de uso numa demanda proposta em face do poder público desde que preenchidos os requisitos legais, valendo a sentença como título declaratório da usucapião.

- USUCAPIÃO ORDINÁRIO.
(Art. 1242, parágrafo único do CC)

O art. 1242, antigo 551, disciplina essa modalidade de usucapião denominada pelos romanos de usucapião ‘breve tempore’ porque tradicionalmente o prazo para ele sempre foi menor do que o usucapião extraordinário. No antigo código o prazo para a usucapião ordinária era de 10 anos entre presentes, ou seja, o proprietário da coisa a ser usucapida residindo ou domiciliado no local da situação da coisa, e prazo de 15 anos entre ausentes.

Essa ausência ou presença esta relacionada logicamente à posição do proprietário e não do usucapiente. Significa que o proprietário do bem que está sendo usucapido por outrem tem domicílio fora da situação da coisa, ou seja, outro Município.

Com o novo código o prazo restou reduzido para 10 anos. Além desse prazo, os demais requisitos são: posse ad usucapione obtida através de justo título e boa-fé.

Justo título para usucapião é o título formalmente hábil para obtenção da propriedade ou do direito real usucapível, porém substancialmente inválido. É o que acontece, por exemplo, em uma escritura pública de compra e venda de imóvel; idem em uma doação ou permuta; dação em pagamento, e até em uma carta de adjudicação ou em um formal de partilha. Tudo formalmente perfeito, porém, inválido na substância. O que ocorre especialmente nas alienações a non domino (quem transfere o bem não é dono) e nas alienações a domino quando esse dono, por qualquer motivo não tinha o poder de dispor ou a coisa não poderia ser alienada, admitindo Orlando Gomes que possa haver justo título quando o possuidor cometa erro de direito ou de fato quanto ao modo de aquisição da coisa.

Além do justo título, é preciso boa-fé subjetiva. Que o possuidor, durante todo o prazo de prescrição aquisitiva, ignore que está possuindo indevidamente. A boa-fé pode resultar por erro de fato, erro de direito, e até por rusticidade.

Questão: uma cessão de herança que sem escritura pública em que se é cessionário de um herdeiro aparente (como no caso de alguém que tem um filho e não sabe, sendo este o único herdeiro nesta classe) vindo o titular dos bens a falecer, tendo como herdeiro um parente que não o filho. O herdeiro aparente, antes de acabar o procedimento de inventário, cede os direitos hereditários. É um contrato hoje regulado pelo código no art. 1793. Após 11 anos, o filho entra com ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança pedido a restituição dos bens. O que poderá ser feito?

Caberá a exceção de usucapião ordinário. Deverá alegar o justo título e a boa-fé.

É justo título a cessão por instrumento particular?

Não, pois o requisito formal é a escritura pública. Para haver justo título deverá haver pelo menos a forma.

Para Orlando Gomes, posição minoritária, o erro no modo de aquisição poderá caracterizar o justo título.

Parte da doutrina entende que para haver justo título como requisito fundamental da usucapião ordinária, tendo por objeto bem imóvel, seria preciso o registro do título no RGI (Professor Roldão).

No entanto, conforme posicionamento de Caio Mário, bem como o enunciado 86 do CEJSTJ, esta expressão justo título abrange todo e qualquer ato jurídico em tese hábil a transferir a propriedade independentemente do registro.

Promessa de compra e venda de imóvel a non domino é justo título?

11.11.Reais.

Naquilo que não for conflitante com o novo CC, o estatuto da cidade permanece em vigor. O art. 13 do estatuto da cidade diz que a usucapião especial de imóvel urbano poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para registro.

O art. 13 não foi transportado para o novo código. Será que este código está revogado...

O novo CC não revogou expressamente as leis extravagantes. O estatuto da cidade não foi revogado expressamente. Por esse raciocínio, sendo que o estatuto da cidade não regulamentou completamente o usucapião, chega-se a conclusão que o art. 13 do estatuto da cidade ainda está em vigor.

Voltando ao usucapião brevi tempore, que estava regulamentado no art. 551, parágrafo único, do antigo CC, esse tipo de usucapião está regulamentado hoje no art. 1242, caput do novo código e pressupõe como seus requisitos a posse ad usucapione, mansa, pacífica, sem oposição fundada, ininterrupta, com um justo título e boa-fé (boa-fé subjetiva) se deve durar pelo prazo de 10 anos.

Justo título, como já vimos, para o usucapião de propriedade, é todo o título formalmente hábil ou em tese perfeito na forma para transmissão do domínio, porém, substancialmente inválido. É o que acontece, por exemplo, em uma compra e venda imobiliária com imóvel de valor superior a 30 salários mínimos (art. 108 do novo CC), feita por escritura pública, formalmente perfeita, com todas as características do imóvel, porém, numa alienação a non domino.

Outro caso é a alienação a domino em que o dono não tenha o poder de dispor da coisa.

Outra hipótese de justo título, de Orlando Gomes, é o erro no modo de aquisição, de fato ou de direito.

Questão: uma promessa de compra e venda imobiliária, que para grande parte da doutrina não precisa de registro, é justo título para usucapião ordinário de propriedade...

R:

Para parte da doutrina e da jurisprudência, a chamada promessa de compra e venda (nome técnico é compromisso de compra e venda) de imóvel, mesmo formalmente perfeita, seja por instrumento público ou por instrumento particular, não é justo título para o usucapião de propriedade, pois, em tese, não é um contrato hábil para transferir domínio, já que necessitaria para tanto de uma escritura definitiva outorgada pelo promitente vendedor e que deverá ser registrada no RGI para transferência da propriedade.

A promessa de venda tem dois problemas para o usucapião:

Se há *animus domini* (contornável pelo pagamento do preço); no usucapião ordinário é a questão do justo título.

No entanto o STJ tem aceitado como argumento contrário no sentido de que o compromisso de compra e venda imobiliário, desde que possua os requisitos extrínsecos, como perfeita individualização do imóvel, o preço estabelecido como valor do compromisso, especialmente se o preço estiver quitado, é justo título para efeitos de usucapião ordinário estando registrada ou não, tendo em vista que o promitente comprador pode, se o promitente vendedor negar-se a fazê-lo requerer ao Juiz a adjudicação compulsória (Súmula 74 do STJ), e desse modo, no direito brasileiro se assemelha muito a uma compra e venda definitiva até mesmo se houver cláusula de arrependimento (RESP 188956, 3ª Turma, de 10/09/2002). Além do mais, em se tratando de imóvel urbano loteado, conforme art. 26, § 6º da lei 6766/79, afirma que se o compromisso imobiliário ou a cessão do compromisso estiverem registrados no RGI, basta que o promitente comprador comprove a quitação do preço para ser considerado dono do imóvel, independentemente da escritura definitiva, e mais, o enunciado 87 do CEJSTJ diz que considera-se também título translativo a promessa de compra e venda devidamente quitada.

Em relação de promessa de compra e venda há três direitos, especialmente se não houver cláusula de arrependimento: o direito pessoal de adquirir a escritura definitiva; o direito de ação de adjudicação compulsória; e o direito real oponível erga omnes quando registrado.

Se o preço estiver quitado, o proprietário nada poderá fazer, especialmente não tiver a cláusula de arrependimento.

O art. 1417 diz que poderá ser feito o registro de promessa de compra e venda por instrumento particular.

Com o art. 1418, tem posicionamento dizendo que caiu por terra a súmula 74 do STJ. Repetiram o art. 22 do Dec. 58/37, que regula o compromisso de compra e venda de imóvel urbano não loteado.

Há a lei 6766/79 que regula o compromisso de compra e venda de imóvel loteado, do loteador para o adquirente. Enquanto o imóvel pertencer ao loteador, estará regulado por essa lei.

A lei 6766 foi modificada, sendo que seu art. 26, § 6º, diz que se houve registro do compromisso de compra e venda ou cessão deste compromisso, sendo registrado no RGI, havendo quitação do preço, basta o registro para que seja dono do lote. Não se necessita de ação para tal finalidade.

Esta lei não foi revogada pelo CC. Daqui sai um exemplo de que o compromisso de compra e venda é quase igual a uma compra e venda.

A vantagem do usucapião ordinário em relação ao extraordinário, além do prazo menor, é a aplicação deste dispositivo que independe de ação.

Obs: o usucapião ordinário, normalmente, se o justo título estiver registrado, não há necessidade do usucapiente entrar com a ação de usucapião, já que lhe assegura como titular do imóvel no RGI. Ele vai usar esse usucapião quando for atacado por aquele que se diz dono, como meio de defesa (súmula 237 do STF).

Pelo art. 1247 do novo código, a presunção de veracidade do registro é relativa.

Assim sendo, na alienação a non domino, poderá haver registro do título. Nestes casos, não haverá necessidade de ação de usucapião. Usa-se como defesa o usucapião.

Pelo art. 551 do código de 1916, o prazo para o usucapião ordinário era de 10 anos entre presentes ou 15 entre ausentes. Agora esse prazo foi unificado em um prazo único, não interessando o conceito de presença ou de ausência. O prazo agora é de 10 anos. Se alguém possui imóvel alheio com justo título e boa-fé, estando ausente da situação da coisa o seu

proprietário, tendo em vista que é domiciliado em município diverso, tendo a posse se iniciado antes do novo código entrar em vigor, para se saber qual o prazo de consumação da usucapião, será preciso a utilização do art. 2028 do novo CC, tendo em vista que nessa hipótese o prazo ficou reduzido de 15 anos para 10 anos.

Ex: José, com justo título e boa-fé possui determinado imóvel há 7 anos ao entrar em vigor o novo código, sendo que o verdadeiro dono da coisa, João, é domiciliado em Município diverso da situação da coisa.

Pelo BGB, em seu § 169, aplica-se o prazo novo a partir da entrada em vigor da nova lei. Ocorre que o próprio BGB determina que se porém o prazo mais longo determinado nas leis anteriores termina mais cedo do que o determinado pelo novo código, a prescrição se completa quando expirado o prazo mais longo.

Pelo BGB, a posse de José, somando-se a sua posse com o novo prazo, será 17 anos, aplicando-se o prazo antigo de 15 anos que é menor.

É o mesmo raciocínio para o novo CC. Pelo novo código, quando se passa a contar o prazo pela lei nova, não se aplica qualquer regra de transição.

A aplicação do novo prazo da lei nova terá aplicação nova, somando-se o prazo anterior.

Para o Professor Marco Aurélio, simplesmente não se usa o BGB, aplicando-se o simples cálculo diferencial do novo prazo com o da posse consumada.

O prazo pelo art. 551, era de 10 anos entre presentes e 15 entre ausentes. As características do início da posse, começando a posse entre presentes, vindo após um determinado tempo a se tornar entre ausentes, ou vice versa, pelo sistema anterior, o raciocínio era o de que tomava-se o tempo de posse, pegando a diferença para se consumir o usucapião, pegando a proporção de 10 e 15, aplicando-se ao caso concreto.

Isto é importante atualmente para se poder chegar à conta prevista no art. 2028 do novo CC.

Pelo sistema do antigo código (sistema de Câmara Leal).

No caso inicial de posse entre presentes, com posse inicial de 6 anos, diminui-se o tempo básico que é de 10 anos do período de posse, que é de 6 anos, chegando-se a 4 anos. Aplicando-se a regra de 3, onde 4 anos está para 10 anos, 15 anos estará para X. Logo, X é o valor de $1,5 \times 4 = 6$ anos. O usucapião se consumará com a soma da posse antiga ao valor restante matematicamente modificado, que dá um total de 12 anos (6 anos da posse antiga somados aos $4 \times 1,5$).

No caso inverso, sendo a posse inicial entre ausentes e a posterior entre presentes, sendo a posse inicial de 6 anos, o tempo restante terá que ser dividido por 1,5. Logo, 9 anos divididos por 1,5 dará 6 anos. O tempo para se consumir o usucapião será a soma da posse com o prazo restante modificado, que dará 12 anos.

O art. 1242, parágrafo único, trata do usucapião ordinário de bem imóvel, quando o usucapiente tiver posse social, ou seja, morando no imóvel ou nele realizando investimentos de interesse social e econômico, desde que o imóvel que foi adquirido onerosamente, baseando-se o possuidor no contido no registro de imóveis tendo sido esse registro cancelado posteriormente.

Nessa hipótese o prazo para consumação desse usucapião ordinário com posse social, será de 5 anos. Quem redigiu o parágrafo único do art. 1242 foi o professor Edér Viana Chamum.

Para se utilizar este direito devem estar presentes todos os requisitos do usucapião ordinário.

Obs: na hipótese de usucapião ordinário com posse social não se aplica o art. 2028 do novo código e sim unicamente o art. 2029, em se tratando de direito intertemporal, ou seja, preenchidos os requisitos legais, se a posse se iniciou antes do novo código entrar em vigor, e

até 2 anos após a sua vigência, há um prazo de 5 anos que se acrescentarão mais 2 anos. Porém, nessa hipótese, aproveita-se o prazo anteriormente decorrido, tendo em vista tratar-se de um direito que interessa à sociedade, de ordem pública, havendo aqui posse sociológica, direito que se aplica imediatamente às situações pré- constituídas, não havendo de se falar em ofensa a direito adquirido.

Para Maria Helena Diniz, é regra de ordem pública, aplicando-se aos casos constituídos anteriormente, não ferindo direito adquirido. É diferente do caput do art. em que não há posse social.

Para o MP, defende que em qualquer hipótese conta-se o novo prazo do termo inicial da posse, mesmo que ele tenha se iniciado anteriormente à vigência da lei.

Para a magistratura, além de se falar desses posicionamentos, deve-se falar que a norma tem efeito imediato e geral, evitando-se o surpresa ao proprietário.

13.11.Reais.

Art. 2029 do novo CC. Maria Helena Diniz entende que esse prazo se aplica imediatamente. Não está aplicando o entendimento clássico que entende que o usucapião é direito novo tendo aplicação o novo prazo, evitando-se surpresa ao proprietário.

Assim sendo, uma posse de 9 anos, entrando em vigor o novo código, como base no mencionado artigo, faltariam 3 anos para atingir os 10 anos do usucapião ordinário mais 2 anos do artigo.

Pelo raciocínio de Maria Helena Diniz, a posse social leva ao usucapião pelo prazo de $5 + 2 = 7$ anos para o usucapião especial, e $10 + 2 = 12$ anos para o usucapião ordinário, contando-se do termo inicial da posse.

Para a opinião tradicional, é direito novo, contando-se novamente o prazo.

- USUCAPIÃO COLETIVO DE IMÓVEL URBANO (art. 10 da lei 10.257/2001).

O legislador aqui permite em área urbana que tenha de mais de 250 m², e desde que esse imóvel esteja ocupado por população de baixa renda, a título de moradia, sem interrupção nem oposição fundada, desde que não seja possível identificar com precisão os terrenos ocupados por cada possuidor, o ajuizamento para reconhecimento de usucapião coletivo, desde que os possuidores da área não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural, ressalvando-se que não é possível esse tipo de usucapião se a área ocupada for área pública.

O parágrafo primeiro do art. 10 dessa lei permite a acessão da posse, ou seja, a soma das posses do antecessor e do novo possuidor sem que ambos sejam da mesma família, desde que ambas as posses sejam contínuas.

Os parágrafos segundo e terceiro do mesmo artigo dizem que na sentença da ação de usucapião coletivo o Juiz atribuirá uma fração ideal do imóvel, fração ideal igual para todos, independentemente da posse localizada de cada um, salvo se houver acordo escrito entre os co-possuidores e agora condôminos, onde se estabeleçam frações ideais diferenciadas.

Essa accessio possessionis é diferente, pois não requer que as partes sejam da mesma família.

Esse condomínio que é reconhecido na usucapião coletiva tem natureza especial, pois ao contrário do condomínio comum não pode ser extinto por vontade de qualquer condômino. Ele é indivisível, ??? tendo no mínimo 2/3 dos condôminos se houver urbanização posterior à constituição do condomínio. A legitimação para propositura da ação de usucapião coletiva será dos compossuidores (art. 12, II) ou pela própria associação de moradores, constituída com personalidade jurídica, havendo autorização expressa da comunidade, atuando a associação como substituto processual. Nessa ação é obrigatória a intervenção do MP, e a lei

impõe a concessão do benefício da gratuidade de justiça e da assistência judiciária tanto do próprio procedimento, com isenção de custas, como os emolumentos do registro de imóveis, ou seja, esse usucapião tem uma cláusula aberta, pois vai caber ao juiz decidir o que é população de baixa renda.

A utopia está organização da comunidade para interpor a mencionada ação.

REGISTRO IMOBILIÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO.

No novo Código, temos o artigo 1245 ao artigo 1247. Na lei dos registros públicos, 6015/73, artigos 167 a 216. No código civil alemão, no parágrafo 861 e 862.

O registro de imóveis no Brasil é um dos modos fundamentais para aquisição da propriedade ou do direito real imobiliário, desde que essa aquisição se faça através dos chamados contratos translaticios de propriedade ou de direito real menor, como, por exemplo, compra e venda, doação, dação em pagamento, permuta, sendo que o registro realizado no RGI desses tipos de contratos é um registro constitutivo do próprio direito de propriedade ou do direito real imobiliário, já que no Brasil, ao contrário do direito francês e do direito italiano, o contrato não transfere propriedade nem direito real, nos termos do art. 1245, §§ 1º e 2º do novo código, a propriedade, através de título translativo, transfere-se entre vivos somente pelo registro do título no RGI, e enquanto não se registrar o título o alienante continua a ser considerado como dono da coisa.

Muitas vezes o registro é constitutivo. Por vezes, no entanto, não é constitutivo de propriedade imobiliária ou constitutivo de outros direitos reais sobre imóveis (art. 1227), e não sendo constitutivo, eles serão registros declaratórios de uma propriedade ou direito real pré-existente, como ocorre, por exemplo, quando alguém registra no RGI a sentença favorável na ação de usucapião, seja usucapião de propriedade ou de direito real menor, tendo em vista que o direito registrado já existia antes do próprio registro. Isso também ocorre com o registro do formal de partilha, nos inventários causa mortis e até inter-vivos do direito de família, quando o direito real já se tinha adquirido anteriormente, ou pela morte ou pelo próprio casamento. Os registros declaratórios são importantes porque dão ao beneficiado a certeza do seu direito, obedecem ao princípio da continuidade do registro imobiliário (art. 195 da LRP), já que um registro deve se entrelaçar no outro formando uma cadeia dominial lógica e uma vez feito, libera o poder de disposição da coisa por parte do seu titular. Os registros constitutivos ou declaratórios do direito real também têm a função de prestar a todos a publicidade da titularidade sobre a coisa, já que o direito real é oponível erga omnes.

No direito brasileiro, todos sabemos que em se tratando de bem móvel, também o contrato translativo não transfere o direito real e sim a tradição, ou seja, a entrega da coisa real, ficta ou simbólica. A forma exigida por lei como regra geral nos contratos translativos de bem imóvel é a escritura pública (art. 108 do novo C), desde que o objeto do negócio tenha hoje valor superior a 30 vezes o maior salário-mínimo vigente no país. Se não houver a escritura pública, a pena é a nulidade do negócio, atingindo obliquamente o próprio registro.

Existem exceções a essa regra geral quando o imóvel for inferior, em termos de valor, ao limite legal e se for o caso, vale o instrumento particular e na legislação esparsa, especialmente quando há intervenção com agentes financeiros de habitação. Se o transmitente do imóvel for casado, mesmo que esteja alienando bem particular, que não se comunicou ao outro cônjuge, será preciso, hoje com algumas exceções, a autorização do outro cônjuge. É a outorga marital ou outorga uxória. Se essa autorização for negada o alienante deve requerer, se houver injustiça da negativa, o suprimento judicial para essa alienação (art. 1648 do novo código), sob pena de anulabilidade do negócio (art. 1649 do novo código).

No código passado, a outorga uxória era causa de nulidade (STJ – controvertido), podendo ser atacado a qualquer momento. No entendimento de anulabilidade (Sálvio de Figueiredo Teixeira), o prazo para a ataca-lo é de 2 anos.

Atualmente, o art. 1649 do novo CC, expressamente diz que o ato é anulável, com prazo de 2 anos.

No novo código, o regime de separação absoluta não exige a outorga uxória (art. 1647 c/c art. 1687 do novo código). O regime de separação absoluta é o regime de separação de bens convencional (interpretação do art. 1687). Paulo Vislobo Neto entende que a possibilidade da ausência de outorga é aplicada no caso de separação convencional e na separação obrigatória.

Na questão de direito intertemporal, casando pela separação de bens convencional antes do novo código entrar em vigor, se o marido quiser vender um bem que é só dele, deverá requerer a outorga uxória, pela interpretação do art. 2039 do novo CC (controvertido).

Hoje não é preciso a outorga no regime da separação absoluta.

PRINCÍPIOS DE REGISTRO IMOBILIÁRIO E ESPÉCIES DE REGISTROS.

Anteriormente, o código de 1916, quanto às espécies de registros, usava a expressão transcrição e inscrição, que hoje em dia foram unificadas com um só nome, ou seja, registro.

O registro serve para atos constitutivos ou declaratórios de aquisição de propriedade imobiliária, ou direito real menor imobiliário, e por vezes serve também para o ato valer em face de terceiros.

Os atos ou negócios jurídicos sujeitos ao registro estão mencionados o art. 167, I a XXXV, e são números clausus, ou seja, os atos que ali não estão mencionados não são registráveis, como por exemplo, os contratos de promessa de doação, de cessão de posse, ou de cessão de herança.

A cessão de herança não é registrável. Regulamentado expressamente nos artigos 1793, § 1º a 3º e 1795 do novo CC.

Obs: ninguém pode ceder herança enquanto não houver a morte, pois se caracteriza pacto corvina (pacto do corvo), nulo de pleno direito.

Aberta a sucessão, até a partilha, se forem mais de um herdeiro, ou até a sentença de adjudicação, havendo um só herdeiro, pode-se fazer um contrato bilateral de cessão de herança, fazendo-se gratuitamente ou onerosamente.

A natureza jurídica da herança é de um bem imóvel para efeitos legais (art. 81 do novo CC) e é coisa indivisa até a partilha.

Na se registra o contrato de cessão de herança no RGI. Primeiro porque os atos registrados são números clausus; segundo porque os bens da herança podem ser móveis ou imóveis; terceiro porque há cessão de um bem individualizado, mas o de uma cota do quinhão, pois a doutrina dizia que cessão de herança de bem individualizado não obrigava os demais herdeiros que não participaram da cessão.

O professor Orlando Gomes ??? responsabilidade, salvo se garantir essa qualidade ou quantidade, entendem que o cedente sempre garante a sua qualidade de herdeiro e de sucessor, pois se não houver essa qualidade e o cessionário ficar prejudicado, independentemente de cláusula expressa, o cessionário será ressarcido do valor pago mais perdas e danos.

O cessionário pode: abrir inventário; impugnar cálculos; discutir partilhas; entrar com ações petitórias ou possessórias na defesa dos bens do espólio. Em suma, ele por um ato inter vivos, passa a ocupar a posição do herdeiro cedente, embora não possa registrar sua cessão no RGI.

O único **contrato** que transfere propriedade imobiliária no direito brasileiro que não é registrável é o de cessão de direito hereditário.

Obs: o novo código, corroborando a doutrina e a jurisprudência, no art. 1793, § 2º, diz que a cessão de herança por um co-herdeiro apenas, do seu direito hereditário, sobre bem individualizado da herança é ineficaz, ou seja, não obriga os demais herdeiros. Se o contrato for rotulado como uma cessão de um quinhão hereditário, porém individualizado o bem que na partilha deve caber ao cessionário, mesmo o contrato existente e válido é ineficaz em sentido estrito em relação aos herdeiros que dela não participaram.

Já no parágrafo 3º do mesmo artigo, o legislador diz que se qualquer herdeiro ou todos eles em conjunto quiserem alienar qualquer bem móvel ou imóvel que componha a herança do falecido, ou seja, vender, doar, permutar, prometer vender, aí esse negócio jurídico será ineficaz em sentido amplo, senão houver prévia autorização do juiz do espólio, tendo em vista que até a partilha a herança é um todo indiviso.

Questão: uma cessão de herança de quinhão hereditário de um louco interditado, necessita de procedimento judicial para provar a necessidade para o incapaz (art. 1691, parágrafo único; 1750, 1774).

18.11. Reais.

Art. 1793 do novo CC.

Para que a venda de uma herança em que haja mais de um herdeiro, já que o espólio é bem imóvel e indiviso até a partilha, terá que haver autorização do Juiz no inventário.

Para Leone, o Oficial de registro civil não pode fazer o registro.

Registro X Averbação.

No sistema do código de 1916, o legislador usava, quanto ao registro de imóveis, as expressões transcrição, inscrição, e averbação.

A transcrição destinava-se aos atos constitutivos ou declaratórios de aquisição do direito de propriedade ou para produzir efeitos perante terceiros.

A inscrição destinava-se aos atos declaratórios ou constitutivos e também para produzir efeitos perante terceiros relativos a direitos reais menores, como por exemplo, o usufruto, o uso, a habitação etc.

A averbação era reservada aos atos modificativos, em relação à transcrição ou inscrição.

Modernamente, a lei de registros públicos e o novo CC usam as expressões transcrição e inscrição, que ficaram fundidas nos mesmos objetivos em uma só expressão: o registro. Que seve para dados constitutivos ou declaratórios de propriedade bem como quaisquer direitos reais menores, servindo também para produção de efeitos em relação a terceiros.

Os atos sujeitos ao registro são mencionados no art. 167, I, n. 1 a 35 da Lei dos Registros Públicos.

Já a averbação é reservada para qualquer modificação ou extinção daquilo que é contido na matrícula de cada imóvel do registro de imóveis.

Os atos sujeitos a averbação encontram-se no art. 167, II, n. 1 a 17, da Lei dos Registros Públicos (l 6015/73).

O registro e a averbação servem para atos referentes a imóveis, tanto inter vivos quanto causa mortis.

Os atos de registro e averbação efetuam-se no cartório da situação do imóvel (art. 169 da LRP). É o princípio da circunscrição. Mesmo que esses atos tenham sido realizados em tabelionato de nota, ou em qualquer local distante do local da situação do imóvel.

Obs: além dos registros públicos, para efeitos de sistematização do registro dos imóveis e também para facilitar a qualquer interessado acesso ao histórico dos imóveis no Brasil, determinou que para cada imóvel havia uma matrícula ou um número correspondente, e nessa matrícula encontra-se a história do imóvel e suas sucessivas titularidades e modificações. Até porque, o direito real é oponível erga omnes e todos têm o direito de ter acesso do que consta do registro em relação a cada imóvel (artigos: 167; 195, 196, 236 da LRP).

Art. 236 da LRP: “Nenhum registro poderá ser feito sem que o imóvel a que se referir esteja matriculado”.

Se o imóvel não estiver matriculado no RGI, há uma presunção de que o imóvel é terra devoluta, com presunção iuris tantum.

Portanto, é princípio do RGI a publicidade, ou seja, todas as pessoas têm livre acesso aos livros do RGI, podendo obter informações dos históricos dos imóveis por meio de certidões, e certificar significa tornar certo, e essa certidão é revestida de fé pública, já que ela é firmada pelo oficial do RGI.

Assim sendo, no RGI temos os princípios da circunscrição e da publicidade.

Já sabemos que a presunção de veracidade do contido no registro de imóveis, no Brasil, é meramente relativa, uma presunção iuris tantum, cabendo ao interessado fazer a prova em contrário, e até mesmo obter a desconstituição do cancelamento do registro ou da averbação, que não exprima a verdade (art. 1247, parágrafo único do novo código; 212/216 da LRP).

Art. 1247 do novo CC: “Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o interessado reclamar que se retifique ou anule”.

Obs: no direito alemão, uma vez o negócio jurídico registrado, negócio que tenha por objetivo a constituição ou declaração de transferência da propriedade imobiliária, a presunção de veracidade contido no RGI é absoluta, iuris et de iure, ou seja, se alguém afirma que é o dono daquele imóvel ou tem direito real sobre ele, que, porém, está registrado em nome de uma outra pessoa, esse alguém não pode, mesmo que tenha razão, desconstituir o registro imobiliário, e se ficar prejudicado, poderá até mesmo obter indenização em face do poder público e não em face do particular em nome do qual o imóvel está registrado.

O que pode correr, apenas, é a desconstituição, se for o caso, do próprio registro, por um defeito desse registro e não por um defeito substancial do contrato translativo de direito real.

Na Alemanha, se alguém vende um imóvel a non domino, e o comprador conseguir registrar o imóvel no RGI, será o adquirente o dono do imóvel, não cabendo prova em contrário.

Se houver um defeito do registro, poderá haver desconstituição, não para atacar o título, mas sim um registro.

No Brasil, no entanto, como a presunção de veracidade é iuris tantum, o registro depende de um título causal, ou seja, o defeito formal ou substancial do título contamina igualmente o registro correspondente. Tanto isso é verdade que o art. 1247, parágrafo único diz que cancelado o registro imobiliário, poderá o proprietário, ou seja, o verdadeiro proprietário, reivindicar o imóvel na alienação a non domino independentemente da boa-fé ou do título do terceiro adquirente.

Em suma, o art. 1247, parágrafo único, faz com que a teoria da propriedade aparente, defendida pelo professor Orlando Gomes, caia por terra. O professor Orlando Gomes defende que quando alguém adquire um imóvel onerosamente com base no contido no registro de imóveis, e de boa-fé, se aquele que transmitiu a coisa não era o verdadeiro dono, mesmo que o proprietário venha a cancelar o registro pretendendo reivindicar a coisa, em atenção à propriedade aparente e à boa-fé do terceiro adquirente, o imóvel permanece nas mãos desse

terceiro adquirente, cabendo ao proprietário apenas obter uma indenização do alienante a non domino.

Para esse autor, no conflito entre o direito do verdadeiro proprietário em relação a imóvel com o adquirente de boa-fé que adquiriu esse imóvel do proprietário aparente, prevalece o direito do novo adquirente em atenção a sua absoluta boa-fé. O que está contrariado pelo novo código que optou pela velha máxima de que ninguém pode transmitir mais direitos do que tem, bem como “se a primeira alienação é inexistente ou nula, todas as demais também serão”.

Pelo art. 158 do antigo CC, em sua primeira parte, que hoje é o art. 182 do novo código, o ato é ineficaz, em sentido amplo, pois faltam pressupostos de existência ou validade.

A ineficácia, em sentido amplo, poderá ser:

Inexistente;

Nulo;

Anulável;

Ineficaz em sentido estrito.

Assim sendo, a termo “anulável” deve ser entendido como ineficaz em sentido amplo.

Se o negócio é ineficaz, reconhecida a ineficácia, as partes voltam ao estado anterior.

Se o primeiro negócio é ineficaz, os demais também serão.

A segunda parte do mencionado artigo diz que “não sendo possível restituir as partes à situação anterior, haverá indenização”.

Muitos julgados acatavam o posicionamento do professor Orlando Gomes, ordenando que o adquirente de boa-fé permaneça com o imóvel, requerendo o ex-proprietário perdas e danos do transmitente a non domino.

Há uma saída na ação de petição de herança, art. 1827, parágrafo único, para o herdeiro aparente. É uma regra específica do direito sucessório, não extensiva a outras alienações a non domino.

Os demais casos não há saída.

Obs: No entanto, se a alienação a non domino, seja de bem móvel ou imóvel, for feita por um herdeiro aparente, o art. 1827, parágrafo único do novo CC, que é um artigo especial do direito sucessório, prevaleceria sobre o parágrafo único do art. 1247 do mesmo código, mantendo a coisa alienada nas mãos do terceiro adquirente de boa-fé, que se presume se a aquisição foi feita, tratando-se de coisa imóvel, com base no registro imobiliário. Esse mesmo princípio especial se encontra no novo código quando uma pessoa, futuramente considerada indigna, através da ação de indignidade, tiver alienado bem que recebeu do autor da herança ao terceiro de boa-fé, hipótese prevista expressamente no artigo 1817, caput, do novo código, e anteriormente, artigo 1600 do código de 1916, sendo que as causas de exclusão da sucessão hereditária por indignidade estão mencionadas no art. 1814, I a III, do novo código.

- **Princípio da força probante do registro imobiliário.**

O título registrado e a certidão do RGI são considerados meios idôneos e fazem prova da propriedade ou do direito real alegado, já que embora haja presunção relativa de veracidade do registro, o parágrafo segundo do art. 1245 do novo código diz que enquanto não se promover por ação própria a decretação da invalidade do registro e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.

Não se deve confundir o procedimento de jurisdição voluntária denominado “retificação do registro imobiliário”, previsto no art. 212, 213 e seus parágrafos, de retificação de registro, com o contido no artigo 216 do mesmo diploma, que é um procedimento de jurisdição contenciosa, ou seja, se o interessado verificar erro formal do registro, quanto, por exemplo, ao nome das partes, descrição do imóvel, poderá requerer sua retificação. Havendo erro evidente, diretamente ao oficial do registro, extrajudicialmente. Porém, se a retificação visar a operação de metragem ou divisas, será preciso procedimento judicial, ouvindo o MP, e todos os interessados. E mais, se o pedido for impugnado, o procedimento vira contencioso, decidido em ação autônoma, através de sentença judicial com os recursos correspondentes (art. 213, §§ 1º ao 5º da LRP).

O juiz competente é o da Vara de Registros Públicos.

No entanto, se houver um defeito substancial do título aquisitivo, contaminando o registro, haverá necessidade de ação, portanto, havendo lide, em que o autor requer ao Juiz a declaração da inexistência, contaminando o título registrado, ou declaração da nulidade ou decretação da anulabilidade do mesmo, nos termos do art. 216 da LRP, em que se pede a desconstituição do registro imobiliário, e normalmente a reivindicação do imóvel objeto da demanda.

- **Princípio da continuidade do registro imobiliário.**

Artigos 195, 196, 236, 237 da LRP.

O RGI deve trazer um histórico em relação ao imóvel matriculado e o registro deve ser contínuo, prendendo-se necessariamente ao registro anterior em uma seqüência ininterrupta de atos, não podendo haver um registro isolado, ou seja, se o imóvel está registrado em nome do alienante, o adquirente não terá problemas ao registrar seu título. Porém, se isso não ocorrer, o oficial exigirá o registro da modificação subjetiva ocorrida anteriormente.

Questão: um cirurgião faz a cirurgia para retirada da próstata, causando a impotência no paciente. Porém, o cirurgião não informou ao paciente. Este entrou com ação de responsabilidade civil. É cabível?

A responsabilidade é direta, contratual, subjetiva.

Não agiu com o dever de informação, aplicando-se ao art. 14 do CDC. É cabível a responsabilidade civil pelo dano moral.

25.11.Reais.

Todo título levado ao registro ou averbação no registro de imóveis é objeto de exame pelo oficial do registro o que se denomina o princípio da legalidade formal do registro de imóveis. Tendo em vista esse exame, todo título, inicialmente, é pré-notado (artigos 182, 188, 191, 205 da LRP), e a pré-notação significa um pré-registro e tem por finalidade, uma vez pré-notado o título, permitir antes do registro definitivo o seu exame formal.

Anota-se também o dia e a hora da sua entrada no registro (art. 191 da LRP), e essa pré-notação tem uma finalidade importantíssima, prevista no artigo 186 do mesmo diploma, ou seja, que ela dará ao registrando a prioridade e a preferência na obtenção para si do direito real pretendido.

A título de exemplo, se José, proprietário de um imóvel, vende esse imóvel para três pessoas diferentes, terá preferência do direito real aquela que em primeiro lugar pré-notar seu título, mesmo que essa pessoa seja a última dos compradores. Os demais adquirentes só conseguirão a preferência para o direito real se a pré-notação não for confirmada e caducar, cair por terra nos termos da lei 6015/73.

Realizado o registro, os demais prejudicados só poderão obter do devedor perdas e danos.

Então, pré-notação é um pré-registro.

Tem algumas características:

Obrigatoriedade: o oficial não pode fazer o registro direto.

Temporiedade: é temporária porque ela tem um prazo de vigência até o registro definitivo, que é de 30 dias, nos termos do art. 188 da referida lei. Se, no entanto, o oficial fizer exigências para registrar o título e o apresentante (o outorgante ou o outorgado, seus sucessores, ou até credores) quedar-se inerte sem cumprir as exigências ou sem ao menos discuti-las, a pré-notação cai por terra, perde seus efeitos. É cancelada (art. 205).

Anterioridade: a pré-notação sempre é anterior ao registro, e esse registro quando for efetivado retroage seus efeitos à data da pré-notação, como se o direito real fosse adquirido no dia da pré-notação. Após a pré-notação o oficial, ao examinar o título, pode formular exigências que ele entenda indispensáveis ao registro ou simplesmente recusar-se a registrá-los se entender que está presente defeito formal insolúvel. O apresentante do título, ou procura atender às exigências do oficial, ou, entendendo-as incabíveis, requererá ao oficial que este levante “DÚVIDA”, que é um procedimento administrativo que será levado a Juízo com a oitiva do MP e após, impugnada a dúvida, não sendo requerida diligências, o Juiz profere uma sentença, passível de apelação e quando o Juiz julga procedente a dúvida, a pré-notação será cancelada. Se julgar improcedente, determinará que o registro seja efetuado (artigos 198 a 203 da LRP). Porém, o art. 204 da mesma lei diz que a dúvida é procedimento administrativo e não impede que o interessado vá a Juízo, em processo contencioso, decidir sobre o registro novamente, e também sobre a eficácia substancial do título, onde poderá obter o cancelamento ou a manutenção do pré-registro e do registro.

A “dúvida” é procedimento de jurisdição voluntária, não faz coisa julgada.

No campo penal, aquele que vende imóvel a várias pessoas, é tipificado como estelionatário.

Antes do novo CC, questionava-se sobre a constitucionalidade do art. 246, parágrafo único do antigo CC. Uns entendem que não há mais, desde 1988 aquele tipo de bem reservado, enquanto outros entendem que tal direito foi estendido ao marido também, o que leva na prática a acabar com o regime de bens dos cônjuges, pois o que é de um não é do outro e o que é do outro àquele não pertence.

Obs: a transmissão por herança, que é ato gratuito, não se comunica ao cônjuge, salvo se forem casados sob o regime da comunhão universal.

A doutrina e a jurisprudência mencionam também a existência da chamada “DÚVIDA INVERSA OU INVERTIDA” que é aquela em que o próprio apresentante toma a iniciativa de levanta-la perante o Juiz, sem aguardar a iniciativa do oficial do registro, aplicando-se a este tipo de dúvida, por analogia os termos dos artigos 198 a 204 da LRP.

- ACESSÃO.

Como segundo modo de aquisição da propriedade, especialmente a propriedade imobiliária, além da aquisição pelo registro do título, temos a aquisição por acessão (art. 1248, I a V). Como exemplo de acessões naturais temos a formação de ilhas, o aluvião, a avulsão, e o abandono de álveo.

É o aumento substancial na coisa, objeto do direito de propriedade, provocado pela natureza ou pelo homem, que altera significativamente a característica do imóvel ou móvel.

Pode ocorrer a acessão através do acréscimo de bens sobre a coisa principal, como ocorre na construção de uma casa sobre o solo nu, ou seja, através de forças externas, podendo, no entanto, ocorrer que haja acessão sem esse acréscimo externo através de forças internas, no que acontece, por exemplo, na limpeza ou dragagem de um pântano ou um charco. É a acessão discreta.

A acessão é modo de aquisição de propriedade. O que é comum entre a acessão e a benfeitoria é que são bens acessórios, seguindo o princípio da gravitação jurídica. Na acessão há aumento na coisa, seja no valor, seja na substância. Na benfeitoria também há aumento da própria coisa ou do valor. A benfeitoria não é modo aquisitivo de propriedade e são despesas ou melhoramentos feitos na coisa. Normalmente coisa alheia. Só interessa benfeitoria em coisa própria no caso de comunicação de bens ao cônjuge.

Na acessão a coisa acrescida sofre relevante modificação, seja no valor, seja na substância, seja no sentido jurídico. Na benfeitoria o acréscimo ou a modificação não altera a coisa de modo substancial.

A benfeitoria é tratada na parte geral do direito civil. A acessão é tratada no direito das coisas.

A acessão decorre da natureza ou do homem (art. 1248, I a V). A benfeitoria só decorre da intervenção do sujeito de direito. Não existe benfeitoria feita pela natureza.

Obs: o pagamento de imposto é uma benfeitoria necessária, pois serve para conservar a coisa ou evitar a sua ruína.

Como a acessão, por si só, é modo de aquisição da propriedade imobiliária, essa propriedade decorre pelo simples fato de ocorrer a acessão por efeito da natureza ou por efeito do homem e o registro aqui da acessão ao ser feito, com características de averbação, não é constitutivo do direito de propriedade, e sim meramente declaratório da propriedade modificada anteriormente existente. Todos os acréscimos na coisa devem ser levados ao RGI, representem benfeitorias ou acessões, tendo em vista os princípios da publicidade e da continuidade do RGI, até mesmo para liberar o poder de disposição do titular da coisa.

Averbação (art. 167, II) é qualquer modificação efetuada no imóvel.

Registro é para constituição ou declaração de propriedade de direitos reais.

Quando se constrói a casa torna-se dono da acessão, não necessitando de registro para se tornar dono.

Tipos de acessão:

I – Acessão por plantação ou construção (art. 1248, V):

Ocorre aqui a chamada acessão industrial feita de bem móvel, através das sementes ou materiais de construção, para bem imóvel.

O art. 1253 trás uma presunção de que toda construção ou plantação que exista sobre um lote de terreno, presume-se que foi feita pelo proprietário, com os recursos deste, até que se prove em contrário, sendo, portanto, uma presunção relativa, iuris tantum, decorrente do princípio da gravitação jurídica. Vide também o art. 1254.

A aquisição é imediata.

Agindo de má-fé, fica obrigado a pagar o valor, além de responder por perdas e danos.

Pelo art. 1255, que substitui o art. 547 do antigo CC, se alguém semeia, planta, ou edifica dentro do terreno alheio, não é dono da edificação nem da plantação, que passam a pertencer ao dono do terreno, através da gravitação jurídica, já que a acessão, sendo que o acessório segue o destino do bem principal, ressaltando o caput deste artigo, na parte final,

que se o semeador, plantador, ou edificador estava de boa-fé no momento que realizou a acessão, terá direito a ser indenizado pelo que gastou. Estando de má-fé, a contrário sensu, não terá direito à indenização, a não ser, pelo artigo 1256, que houve má-fé de ambos, tanto do proprietário do terreno, quanto daquele que realizou a acessão. Hipótese em que o proprietário torna-se dono da acessão, porém deve ressarcir o valor dela, evitando-se o enriquecimento indevido do proprietário.

Presume-se a má-fé, nos termos do art. 1256 do novo CC, quando o trabalho de construção ou lavoura se fez na presença do proprietário, sem oposição deste.

Obs: no CC de 1916, não havia a solução para o problema de construção integral em terreno alheio, trazida hoje, com base no código italiano, no parágrafo único do artigo 1255, ou seja, se no caso concreto o Juiz verificar que a construção ou plantação foi feita de boa-fé, se esta construção ou plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, cláusula aberta a ser decidida pelo Juiz, possivelmente através de perícia, o legislador permite e até mesmo impõe, através do **princípio da acessão invertida**, que segue um outro princípio, o **da riqueza criada**, que passe a ser dono de todo imóvel esse que realizou a acessão de boa-fé, que deverá pagar indenização ao ex-proprietário, fixada pelo Juiz se não houver acordo.

Já os artigos 1258, parágrafo único, e 1259 do novo código, que também são novidades, consagram igualmente os princípios da acessão invertida e da riqueza criada, inspirados no CC italiano de 1942, porém aplicam-se as hipóteses de construção que invade não totalmente e sim parcialmente o imóvel alheio, e aqui já há uma certa ratificação legal do que vinha dizendo alguma jurisprudência no CC anterior.

O artigo 1258 caput prevê que quando alguém estiver de boa-fé ao construir em solo próprio, invade solo alheio em proporção não superior à vigésima parte do terreno vizinho adquire o solo invadido parcialmente desde que o valor da construção exceda o valor da parte invadida, porém, terá que indenizar o proprietário vizinho duplamente, seja pelo valor do solo perdido, seja pela desvalorização da área remanescente. Verifica-se aqui também, de maneira clara, que a construção tornou-se o bem principal e o solo invadido o bem acessório.

O exemplo do caput do art. 1258 é o exemplo de um Shopping que constrói no seu terreno, mas que invade menos de 5% do terreno vizinho.

São requisitos: a boa-fé e o valor da construção tem que exceder o valor do pedaço do terreno invadido.

27.11.Reais.

No art. 1258, parágrafo único, o legislador prevê a possibilidade do construtor de má-fé adquirir a propriedade da parte do solo que invadiu desde que: a invasão corresponder no máximo à vigésima parte do terreno vizinho; o valor da acessão for consideravelmente superior ao valor da parte invadida; não se podendo demolir a parte da acessão invasora sem grave prejuízo para a construção; a perda da propriedade parcial do prédio vizinho gera o correspondente pagamento das perdas e danos em décuplo, que vão abranger o valor da área perdida e a desvalorização da área remanescente.

Já o art. 1259, que também é uma novidade legislativa, permite ou regulamenta a hipótese do construtor de boa-fé, cuja construção excede os limites do seu terreno, alcançando o terreno vizinho em área superior à vigésima parte deste terreno, caso em que ele adquirirá a propriedade da parte do solo invadido, porém deve responder ao proprietário vizinho com perdas e danos. As perdas e danos abrangerão:

1ª cota: o valor correspondente ao que foi acrescido à construção correspondente ao solo invadido;

2ª cota: o valor da área perdida;

3ª cota: o valor da desvalorização da área remanescente.

A segunda parte deste artigo afirma que se o construtor invasor de mais da vigésima parte do terreno vizinho estiver de má-fé, terá que demolir a parte da acessão que invadiu esse imóvel limdeiro, além disso, pagará as perdas e danos que uma vez calculadas como pena pecuniária serão calculadas em dobro.

O enunciado 81 do STJ diz que haverá direito de retenção em favor do possuidor que realizou a acessão de boa-fé, além do direito de indenização regulamentado no código de 1916 e no código novo.

Acessões físicas ou naturais (art. 1248, I a IV).

Em primeiro lugar, art. 1249, I a III, a acessão natural pela formação de ilhas através de acúmulo de areia ou materiais levados pelas correntes. Tal matéria anteriormente estava regulamentada nos artigos 23 a 25 do código de águas (Dec. 24649), 537, I a III do CC de 1916.

As ilhas oceânicas estão regulamentadas pela CF. São bens públicos.

A acessão pela formação de ilhas ocorre em favor do particular quando as ilhas surgirem em rios não navegáveis, pois se as ilhas ou ilhotas surgirem em rios navegáveis, a ilha pertencerá ao poder público.

Segundo o art. 1249, I do CC, as ilhas que se formarem no meio do rio pertencerão aos proprietários dos terrenos ribeirinhos, ou seja, à margem do rio, na proporção de suas testadas até a linha que dividir o álveo (leito do rio) em duas partes iguais.

Segundo o art. 1249, II, quando a ilha se formar entre a referida linha divisória do álveo e uma das margens, a propriedade da ilha caberá ao titular do terreno ribeirinho fronteiro deste mesmo lado.

Outra acessão natural é aquela que decorre do fenômeno denominada **aluvião**, que nada mais é do que o aumento sensível formado por depósitos e aterros naturais que o rio provoca nas terras ao longo de suas margens durante décadas, ou até mesmo durante séculos, podendo o rio ser público ou particular e esse acréscimo pertencerá ao dono do terreno marginal na proporção de suas testadas, só podendo existir aluvião quando existirem aguar correntes (art. 16 do código de águas). O proprietário beneficiado não tem o dever de indenizar a quem quer que seja.

A **avulsão**, regulada no art. 21 do código de águas, e no novo código no art. 1251, ocorre nas hipóteses de desagregação violenta de uma porção de terras, arrancada, em regra, por força súbita de uma correnteza, juntando-se a outro prédio. Neste caso, o dono do prédio acrescido torna-se proprietário da área de terras desagregadas, porém, terá que indenizar o dono das terras arrancadas se este reclamou no prazo decadencial de um ano, tratando-se aqui de direito potestativo do proprietário prejudicado. Havendo a reclamação no prazo legal, cabe ao proprietário beneficiado optar entre pagar a indenização ao prejudicado ou autorizar a remoção da parte acrescida em favor do proprietário do prédio desfalcado.

Decadência é a perda do direito potestativo pela falta do prazo de exercício pré-fixado pelo legislador. Poder ou faculdade de agir de um lado, mas não há dever jurídico do outro lado, devendo se sujeitar à vontade da outra parte.

O arremesso de material de construção de um terreno para o outro é o fenômeno chamado superposição (art. 1233 do CC). Não é avulsão porque o código é expresso ao mencionar o arremesso de terra.

Da descoberta ou invenção (art. 1233 do CC): quem quer que ache coisa alheia perdida há de restituir ao dono ou legítimo possuidor. Não o conhecendo o fará por encontra-lo. Se não acha-lo, entregará à autoridade pública.

Álveo abandonado (art. 1252). Álveo é o leito do rio. Segundo o art. 9º do código de águas, a superfície que as águas cobrem, sem transbordar para o solo natural, e ordinariamente enxuto.

Quando ocorrer o fenômeno em que as águas, por força da natureza, não correm mais sobre o leito do rio, a porção correspondente ao álveo pertencerá aos proprietários ribeirinhos sem que tenham que pagar nenhuma indenização aos donos dos terrenos por onde as águas abrirem novo curso.

Se o desvio for praticado por ato humano, há a prática de ato ilícito, art. 186 e 927 caput do novo CC.

- **AQUISIÇÃO ATRAVÉS DA HERANÇA.**

Um outro modo de aquisição de propriedade imobiliária ocorre através do direito hereditário, regulamentada a matéria no capítulo do direito sucessório, artigos 1874 e seguintes, sabemos que toda a herança é coisa indivisa a partir do falecimento do seu autor até a partilha, é uma indivisibilidade legal, e como natureza jurídica, é bem imóvel para efeitos legais (Art. 80, II do CC), mesmo que os bens que a componham sejam todos bens móveis. Sabemos que a propriedade, a posse, e os direitos reais ou pessoais em geral, desde que transmissíveis, se transferem do momento da morte imediatamente aos herdeiros legais ou testamentários do falecido e que em havendo mais de um herdeiro estabelece um condomínio hereditário que cada um deles, independentemente da abertura de inventário e partilha, tem legitimidade de ajuizamento das ações petitórias e possessórias em relação aos bens do espólio, independentemente da cota de cada um.

Os dois fenômenos que ocorrem no momento em que alguém morre são: a saisina, que é a transmissão imediata dos bens aos herdeiros; a delação ou devolução sucessória é o fato pelo qual os bens do falecido, que são colocados à disposição dos seus sucessores para que eles, que já são titulares desses bens, confirmem essa titularidade pela aceitação da herança, ou venham a se despojar do direito hereditário através da renúncia.

- **OUTROS MODOS DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL:**

Desapropriação;

Incorporação de capital social com capital de sociedade;

Aquisição por força do regime de bens do casamento.

- **USUCAPIÃO DE DIREITOS REAIS MENORES.**

Retornando ao usucapião, é preciso esclarecer que o fenômeno da prescrição aquisitiva se aplica não somente para aquisição da propriedade imobiliária ou mobiliária, também sendo modo de aquisição de direitos reais menores, seja por dispositivo da própria lei, como no caso de usucapião de servidão, que é um direito real imobiliário sobre coisa alheia (art. 1379, parágrafo único do novo CC), como também pode ocorrer por força da doutrina e da jurisprudência na usucapião de enfiteuse ou domínio útil, na usucapião de usufruto, de uso, de habitação, e também no direito de superfície, regulado no novo CC, artigo 1369 a 1377.

O professor Marco Aurélio entende que é perfeitamente possível o usucapião do direito de concessão de uso (art. 1240, parágrafo 1º). É o caso de uso de bem público ou próprio

estadual, em que não se pode usucapir a propriedade, pode-se utilizar a ação de usucapião com base no direito de uso. A sentença substituiria o contrato de concessão de uso feito com o poder público. No mesmo sentido o Professor Valdez (Procurador do Estado), com base na posse sociológica.

Obs: quando se fala em usucapião de direitos reais menores, está se afirmando que é possível a prescrição aquisitiva extraordinária ou ordinária e quando não há regra expressa sobre a matéria, aplicam-se analogicamente as normas e os prazos que regulamentam a usucapião de propriedade. Porém, aqui o usucapiente, como é óbvio, não afirmará ter ânimo de dono, e sim ânimo de enfiteuta, ânimo de superficiário, ânimo de titular de uma servidão, ânimo de usufrutuário, de usuário, de habitador, aliado a uma posse mansa, pacífica, continuada, sem oposição fundada, ou sem justo título e boa-fé, na usucapião extraordinária, ou com justo título e boa-fé na usucapião ordinária de direitos reais menores.

O novo código proibiu a constituição de direito real de enfiteuse (art. 2038). Como a sentença de usucapião é declaratória, há divergência sobre a abrangência da proibição da lei: se é relativa aos contratos supervenientes; proíbe-se qualquer tipo de constituição, inclusive por usucapião.

O novo legislador, nas disposições transitórias (art. 2038), diz que fica proibida a constituição de enfiteuses e sub-enfiteuses entre particulares, tendo em vista que o parágrafo segundo do mesmo artigo diz que os terrenos de marinha e os acrescidos, ou seja, sobre bens públicos, continuam a ser regidas pela legislação especial, especialmente o DL 9760/46, que regulamenta os imóveis da União, e a legislação especial municipal.

O que a doutrina está na dúvida é o seguinte: a partir da entrada em vigor do novo código, fica proibida a aquisição derivada do direito real de enfiteuse entre particulares somente, ou fica proibida também a aquisição originária da enfiteuse ou domínio útil pela usucapião. Se prevalecer este último raciocínio, não será mais possível a consumação sobre o império no código novo da usucapião de enfiteuse. Porém, de qualquer modo, mesmo que se entenda assim, será possível a propositura de ações de usucapião de enfiteuse ou a defesa nesse sentido quando a usucapião se consumou na vigência do código de 1916, onde a enfiteuse entre particulares estava expressamente regulamentada nos artigos 678 a 694 do código antigo.

Obs: a vigência do novo código é a partir de 12/01/2003 (Leone).

Exemplos de usucapião de enfiteuse (Lafayette): o saudoso Lafayette dava exemplos da possibilidade de aquisição pela usucapião do direito real de enfiteuse, que é um direito real imobiliário, ou seja, só pode incidir sobre bens imóveis, nasce normalmente por um contrato de enfiteuse, devidamente registrado do RGI, ou através de testamento num legado de enfiteuse que só produz efeitos a partir da morte do testador, autor da herança, quando uma propriedade é desmembrada em dois domínios, atribui-se a uma pessoa, chamada enfiteuta ou emprazador, o domínio útil de determinado imóvel, podendo esta pessoa, o enfiteuta e possuidor direto, usar, fruir e dispor da coisa com dever apenas de pagar ao titular do domínio direto o senhorio direto que passa a ser possuidor indireto, um foro anual invariável. Isso é enfiteuse.

Exercícios:

1) Pedro e Ana há pouco casados entre si, adquirem de João, por escritura pública, sem cláusula constituti, devidamente registrada, imóvel sito nesta cidade, constando na mesma o dever do devedor entregar o bem aos compradores até três meses de alienação. Descumprida a obrigação de entrega, discorra sobre a medida judicial que melhor possa atender os interesses do casal?

R: a ação mais adequada, já que eles têm o *ius possidendi*, com a ação petítória de imissão de posse. É uma ação por rito ordinário, podendo ser pedida a antecipação de tutela. O direito de moradia é uma garantia constitucional.

2) Carlos, em ação reivindicatória ajuizada em março de 2003 quer que seu imóvel, aparentemente abandonado, ocupado há dez anos por Pedro que ali ergueu sua moradia, lhe seja restituído. Pedro defende-se afirmando que sua posse é justa, pois não houve violência, clandestinidade ou precariedade na ocupação da coisa; ademais, no mínimo, ad argumentandum, se o pedido for julgado procedente tem direito de retenção em relação ao bem objeto da lide, sendo possuidor de boa-fé. Analise juridicamente todas as afirmações acima.

R:

A defesa não foi de usucapião. Não poderia, entretanto, com base no art. 1228, parágrafo único do CC, interpor defesa de usucapião, pois o artigo 2029 do CC exige o prazo de 12 anos, no caso de direito intertemporal.

A ação reivindicatória é a ação do proprietário não possuidor para obter de volta a coisa que lhe pertence de um possuidor injusto.

A posse sem violência, clandestinidade ou precariedade não é suficiente para caracteriza-la como justa. Basta que o possuidor no caso concreto não tenha título jurídico para possuir. Está possuindo como invasor. Não está possuindo com base em um direito.

Pode injusta é aquela que não é juridicamente titulada.

O juiz deve julgar procedente a reivindicatória.

Quanto ao direito de retenção, o direito de retenção por acessão é cabível, segundo o entendimento do STJ, equiparando-a às benfeitorias. O tempo que poderá ficar lá é questionado. Luiz Fux entende que o tempo não pode ser eterno.

3) O que é ação pauliana? Quando ela pode ser utilizada?

R:

É uma ação petítória do proprietário de fato, aquele que adquiriu a coisa por usucapião, perdeu a posse e quer recuperar o bem. Não tem documento declaratório de propriedade nas mãos.

4) Analise a segunda parte do art. 505 do CC de 1916 em relação ao art. 923 do CPC e ao art. 1210, parágrafo segundo do novo CC.

R:

É a velha discussão no direito brasileiro se é admissível a exceção de domínio na ação possessória.

Pelo CC de 1916, o legislador, no art. 505, trazia dois princípios: propriedade e posse não podem ser confundidas; propriedade é poder jurídico e posse é poder de fato.

Não se pode, em princípio, discutir propriedade na ação possessória. Porém, na ação possessória, se ambos requererem a proteção possessória alegando que são donos do bem, aplica-se a segunda parte. O juiz decide a questão em favor daquele que é proprietário. Ou seja, admite-se a exceção de domínio excepcionalmente.

No CPC, no art. 923, os processualistas em geral diziam tal artigo, ao repetir a segunda parte do art. 505 e que foi retirada posteriormente por revogação, via indireta, a segunda parte do art. 505 também foi revogada. O STF, anteriormente, em sua súmula 497, já admitia a discussão do domínio, quando os dois alegavam ser proprietários ou quando um não consegue provar a melhor posse sobre o outro.

O novo código, no parágrafo segundo do art. 1210, não reproduz a segunda parte do art. 505 do CC de 1916. Parece que ficou claro o afastamento da exceção de domínio nas ações possessórias.

Para Gustavo Tepedino não houve mudança alguma, pois na prática continua a mesma coisa com a nova legislação.

5) O possuidor direto pode usucapir a coisa por ele detida materialmente?

R:

Em princípio, enquanto possuidor direto, não pode usucapir, pois não tem posse usucapione e tem que restituir a coisa finda a relação jurídica temporária, mediatizada, em posse direta e indireta, conforme art. 169, IV do antigo CC.

No atual código ele foi suprimido.

No fenômeno da interversão da posse (art. 1203 do novo CC), o possuidor direto passa a ter o ânimo de dono. São os requisitos para a interversão a franca oposição do possuidor e a inércia do titular do direito.

Para Silvio Rodrigues, jamais o possuidor direto poderá adquirir a propriedade por usucapião.

6) Pedro, através de mero recibo, se compromete com o loteador João, adquirir lote de terreno em área urbana, pagando o preço correspondente em dez prestações. Paga a última prestação, João nega-se a outorgar a escritura definitiva de venda. Você, Defensor Público, explique a Pedro quais as providências a serem tomadas.

R:

É um compromisso de compra e venda de loteamento.

Aplica-se a lei 6766/79, que regula o loteamento urbano.

Nessa lei, se não fosse um mero recibo em sim um compromisso de compra e venda formalmente perfeito, poderia ser levado ao registro e pelo parágrafo sexto do artigo 26, basta o registro da promessa de compra e venda do lote do terreno e preço quitado que a pessoa se torna dono, não necessitando de ação para tal fato.

No caso em pauta, o que houve foi um mero recibo.

O art. 27 dessa lei trata do caso. Entra-se com uma notificação judicial, que é uma verdadeira ação, com contraditório, seguindo o processo de conhecimento. O resultado poderá ser o reconhecimento por sentença, com ou sem concordância do loteador. Substitui a escritura definitiva.

O caso é de loteamento urbano, usando-se o critério da localização e não o da destinação.

7) Maria ajuizou em abril de 2003 ação de usucapião extraordinário, alegando na inicial ter exercido a posse do imóvel por mais de vinte anos, embora sabendo que se acha ele registrado em nome de Augusta e Therezinha, que se encontram em lugar incerto e não sabido. Sucede que Joana genitora destas, já falecida, custeou-lhes a aquisição do imóvel, em autêntica doação, com as cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade, cujo termo final do gravame seria correspondente à morte da doadora, ocorrida em 1992. O imóvel foi adquirido em 1966, em nome das atuais proprietárias, registrado o título com gravame no registro geral de imóveis competente desde então. Opine sobre o pedido. Resposta justificada.

R:

No fundo, a pergunta tem o seguinte sentido: pode-se usucapir contando-se o tempo desde o termo inicial da posse, haja vista a cláusula de inalienabilidade?

O STJ tem entendido que pode, já que a cláusula não é oponível erga omnes e usucapião é aquisição originária.

No entanto, há muito acórdão entendendo que não se pode usucapir imóvel com tal cláusula, evitando-se fraude.

8) João, que era solteiro, casou-se com Maria em 20 de janeiro de 2000, pelo regime da comunhão parcial de bens. Encontrando-se o casal em processo de separação judicial,

instalou-se controvérsia a respeito de um imóvel rural de 50 (cinquenta) hectares do qual João era possuidor desde 1990, tendo obtido, por sentença transitada em julgado na constância do casamento, a procedência de pedido de usucapião rural. Maria postula a meação deste imóvel, enquanto João afirma que o mesmo integra seu patrimônio particular. Qual das partes tem razão?

R:

A característica marcante do regime da separação parcial de bens é que os bens adquiridos antes do casamento não se comunicam. Na constância do casamento só se comunicam os aqüestos ou seus assemelhados. Aqüestos são aquisições onerosas na constância do casamento.

Quando João casou, era proprietário de fato, mas não tinha o título.

A sentença é declaratória, não havendo discussão quanto a retroatividade da sentença já que o termo final é antes do casamento. Maria não tem direito.

Há questionamentos quanto ao termo de retroatividade da sentença: se do termo final ou do termo inicial da posse.

Isolado está Silvio Rodrigues que diz que a sentença de usucapião é constitutiva, o que daria a Maria metade do imóvel.

9) Maria, companheira do finado Paulo com quem vivera nos seis anos anteriores à sua morte, ocorrida em julho de 1996, ajuíza, em maio de 2003, ação de usucapião extraordinário em face de Carlos, proprietário de um imóvel situado no Rio de Janeiro. Alega que Paulo, a partir de abril de 1983, exercera a posse sobre o imóvel como se dono fora, continua e incontestadamente, com justo título e boa-fé e que ela, desde seu óbito, exerce a posse nas mesmas condições.

Encontrando-se fora do Brasil há quinze anos, como diplomata, Carlos é citado no exterior via rogatória e queda-se inerte, não oferecendo contestação. É tido como revel.

Cumpridas as regras dos artigos 942 e 943 do CPC e, não havendo impugnação de terceiros, são os autos remetidos ao MP. Opine a respeito.

R:

Maria é sucessora de Paulo, que viviam em união estável.

Não houve a consumação da prescrição, pois o art. 1244 do novo CC e 553 do antigo CC suspendem o prazo prescricional nos casos de pessoas a serviço da União, dos Estados ou dos Municípios, no estrangeiro (art. 202).

10) Paulo, homem solteiro e sem filhos, doou à Cláudia, mulher divorciada e sua companheira de muitos anos, um apartamento, com cláusula de reversão, tendo sido registrada a doação no RI. Dois anos depois, Cláudia vendeu o apartamento a Pedro. O comprador registrou a aquisição no Cartório imobiliário competente. Um ano após, Cláudia faleceu. Paulo pode reivindicar o imóvel?

R:

A doação com cláusula de reversão está regulamentada no art. 547 do novo código.

A proprietária resolúvel pode vender a coisa, não tendo limitação quanto a isto.

Pedro adquiriu uma propriedade resolúvel.

Paulo pode reivindicar de Pedro o bem objeto de alienação porque o Pedro perdeu a sua propriedade com a ocorrência do evento resolutivo.

Os efeitos são ex tunc (art. 1359 do CC).

Há dois tipos de propriedade resolúvel: lato senso (art. 1360) e estrito senso (art. 1359).

Se Paulo morresse antes de Cláudia, a transferência a Pedro seria definitiva.

11) Carlos possui imóvel urbano de 1000m², onde reside desde 1998, através de título formalmente perfeito, porém, substancialmente ineficaz (havido através de alienação a non

domino), sendo tal fato ignorado pelo adquirente. Explícite sobre eventuais direitos de Carlos em relação ao imóvel em questão.

R:

Não preenche os requisitos do usucapião extraordinário com posse social.

No entanto, é possível o usucapião ordinário, pois há justo título e boa-fé subjetiva, já que ele ignora que a transmissão foi a non domino.

Art. 1242, parágrafo segundo, do novo CC: enquanto não se promover por meio de ação própria a decretação de invalidade do registro e o respectivo cancelamento o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.

Deve Carlos esperar o tempo passar para adquirir o tempo de 7 anos (5 + 2), nos termos do art. 2029, e em conseqüência, adquirir a propriedade pelo usucapião ordinário com posse social.

Após esse tempo, poderá alegar o usucapião como defesa (súmula 237 do STF).

02.12.Reais.

Nessa hipótese, há quem entenda que se o terceiro tiver animus domini, poderá pedir para si, através da usucapião a declaração de que ele usucapiu a propriedade plena, seja contra o senhorio direto, seja contra o enfiteuta, até porque se trata de aquisição originária, não sendo cabível imputar-lhe direito anterior.

No entanto, há quem entenda que nessa hipótese esse terceiro só pode usucapir o domínio útil, tendo em vista que o direito real acompanha a coisa e ele já existia no momento do termo inicial da posse do usucapiente. Além do mais, se o fator operante da usucapião é a inércia do titular do direito, isso não ocorreu em relação ao senhorio direto, que não teria o dever de fiscalizar quem efetivamente está usufruindo o bem.

No entanto, se o senhorio direto for um ente público, não haverá qualquer possibilidade de usucapião do domínio direto, já que os bens públicos não são usucapíveis, só podendo haver o usucapião extraordinário do domínio útil.

Já o usucapião ordinário de enfiteuse pode ocorrer quando alguém, com justo título e boa-fé, possui determinado imóvel como enfiteuta, preenchendo os requisitos da usucapião ordinária, hoje no art. 1242, parágrafo único, do novo código.

Obs: a enfiteuse é perpétua. Havendo prazo, não é enfiteuse, mas arrendamento.

A lei permite expressamente a ocorrência da usucapião de servidão, seja usucapião extraordinária de servidão, seja usucapião ordinária de servidão (art. 698, parágrafo único do código de 1916, 1379, parágrafo único do código novo).

Servidão é direito real imobiliário sobre a coisa alheia, disciplinado no novo código no artigo 1378 a 1389.

Para que haja servidão é preciso dois prédios (imóveis) vizinhos, não necessariamente contíguos, que pertençam a donos diversos. Um dos prédios será o prédio dominante e outro prédio será o prédio serviente, ou seja, em regra, através de um contrato de servidão levado ao RGI ou por testamento (art. 1378 do novo código), seja a título oneroso, fica convencionado que o titular do imóvel dominante, por mera comodidade, possa se utilizar, se servir do prédio serviente, através de diversos tipos de servidão, que podem ser aparentes ou não aparentes, contínuas ou descontínuas. Embora a regra seja que a servidão se constitui por contrato ou testamento, existem outras modalidades de constituição de servidão, como através da usucapião (art. 1379, parágrafo único do novo código), através de sentença judicial, até por força da doutrina e da jurisprudência na chamada servidão por destinação do proprietário. Isto é doutrinário.

O objetivo da servidão é permitir uma melhor utilização a favor de um imóvel ou imóvel dominante, já que ele não tem as mesmas vantagens do imóvel serviente.

As servidões, quanto a sua exteriorização, podem ser:

Aparentes, ou seja, quando revelam a sua existência através de sinais visíveis, concretos, materiais, como, por exemplo, na servidão de aqueduto, quanto se verifica a olho nu a canalização das águas de um prédio a outro, ou numa servidão de trânsito quando o caminho é cercado, marcado, murado, sendo visível sua utilização como passagem;

Servidão não aparente, ou seja, que existe uma serventia que não existe a olho nu, que não se percebe com mero olhar, e é entendimento pacificado que só há posse de servidão aparente, concreta, visível. Uma servidão ou serventia de não construir ou não construir até determinada altura, não induz posse, já que não se percebe a serventia visivelmente.

Através desse raciocínio, a doutrina chegou a seguinte conclusão: só há posse em uma serventia aparente e só pode ocorrer o usucapião nesse tipo de servidão evidentemente não titulada juridicamente. É o que diz o artigo 1379 e seu parágrafo único do novo código, onde o exercício incontestável e contínuo de uma servidão aparente, com justo título e boa-fé geram usucapião ordinário de servidão no prazo de 10 anos, não havendo justo título e boa-fé, usucapião extraordinário de servidão aparente no prazo de 20 anos.

A propósito da posse de servidão aparente, temos a súmula 415 do STF, que dispõe: servidão de trânsito não titulada, mas tornada permanente, sobretudo pela natureza das obras realizadas, considera-se aparente, conferindo direito à proteção possessória, ou seja, o que o Supremo afirmou foi que existe posse quando ocorrer uma serventia de passagem visível na propriedade alheia, sendo utilizada por alguém, por longos anos, com autonomia e estabilidade, e se de repente o proprietário do prédio onde a serventia se encontra não permite mais a sua utilização, aquele que vinha se servido tem ação possessória para restabelecer o statu quo ante. Se essa situação tiver perdurado, poderá ter se consumado a usucapião de servidão.

O contra veneno para se dizer que não há posse é a argüição de que não induzem em posse os atos de mera permissão ou tolerância.

Sob o ponto de vista do exercício da serventia, as servidões podem ser contínuas, quando não necessitarem de ato algum, de nenhuma ação do proprietário dominante para que ela possa ser exercida, como ocorre, por exemplo, na servidão de aqueduto, de luz e vista, de esgoto etc.

Existem outras servidões que para o seu exercício dependem de atitude, de ações, do proprietário dominante, como por exemplo, servidão de caçar em terreno alheio, servidão de pastagem, e servidão de trânsito.

Obs: a doutrina e a própria jurisprudência têm afirmado que para que haja posse de servidão é preciso, além da servidão exteriormente ser aparente, quanto ao modo de exercício, ela deve ser contínua, afirmando-se, portanto, que só se consuma a usucapião de servidão aparente e contínua, e deste modo, em tese, uma servidão de passagem não poderia ser usucapida.

O art. 1379, primeira parte, trata da servidão aparente e contínua.

Os Tribunais tem entendido, até por força da súmula 415, que quando uma serventia de passagem, não titulada, se revela de maneira concreta, visível, essa exterioridade da aparência revela para fins jurídicos uma continuidade do exercício dessa serventia.

Segundo Maria Helena Diniz, também é possível, embora não esteja na lei, a usucapião de usufruto, de uso, de habitação, seja a usucapião extraordinária, seja ordinária, desde que o animus do possuidor não seja animus domini, e sim ânimo de usufrutuário, ânimo de usuário, ânimo de habitador etc. O próprio STJ admite a usucapião do direito de uso de linha telefônica na súmula 193. É o usucapião de bem móvel incorpóreo.

Os Tribunais vinham entendendo que só era possível o usucapião de bem móvel corpóreo, pois se trata de direito real. Não há posse sobre bem incorpóreo.

Segundo Lafaiteti, é possível o usucapião de usufruto nas mesmas condições do usucapião de enfiteuse. Também se aplica ao direito de superfície.

04.12.Reais.

O direito de superfície (art. 1369 a 1377) é um direito real imobiliário sobre a propriedade alheia, em que um proprietário concede a uma outra pessoa denominada superficiária o direito de construir ou de plantar no terreno daquele por tempo determinado, através de escritura pública, registrada no RGI, e esse direito pode ser concedido gratuitamente ou onerosamente, sendo transmissível aos sucessores do superficiário por sua morte. O concedente, aqui, pode ser pessoa de direito privado ou pessoa natural, e até pessoa de direito público interno (art. 1369 c/c 1377).

Esse direito que existe no CC italiano e no CC português se incorporou ao nosso ordenamento positivo para substituir o direito real de enfiteuse.

O direito de superfície é limitado, já que o superficiário, como o enfiteuta, não pode usar, fruir e dispor da coisa livremente, só tendo o direito de construir ou plantar em terreno alheio, embora possa utilizar-se da coisa, de acordo com a destinação prevista no ato constitutivo desse direito e se o superficiário der destinação diversa à pactuada, antes do termo final do direito, esse direito se extingue de pleno (art. 384), e só haverá pagamento de indenização do proprietário ao superficiário, extinta a concessão por qualquer motivo, se houver clausula expressa nesse sentido.

Ao contrário do direito de superfície, a enfiteuse é perpétua. Não podia ser a prazo determinado, sob pena de valer como arrendamento.

* Laudêmio é uma indenização paga ao senhorio direto pelo não exercício do direito de preferência, havendo alienação onerosa do domínio útil.

** Terreno de marinha é a faixa de mar da maré média para a terra por 33 metros. Também se situa nas beiras das lagoas. É bem público.

Quando um direito real menor se extingue, como destinação diversa ao direito real menor, a propriedade volta plena ao proprietário.

O legado de direito de superfície, que não está na lei, é o caso de um bem destinado a alguém por testamento, que sai da parte disponível do testador, sendo este bem individualizado (art. 1912 a 1946), no caso em pauta, um direito de superfície.

Trata-se de uma forma de aquisição de um direito real menor.

Do mesmo modo que é cabível em outros direitos reais menores imobiliários a usucapião, é perfeitamente possível a aquisição do direito de superfície pela usucapião, seja usucapião extraordinária, por analogia com o art. 1238, seja usucapião ordinária, art. 1242, e o ânimo aqui não será o animus domini e sim animo de superficiário, sendo cabível aqui o

interprete observar o ensinamento doutrinário de Lafaieti a respeito de usucapião de direitos reais menores (Leone e Marco Aurélio).

Do direito de propriedade e as ações que protegem esse direito.

I – Reivindicatória:

Ação petítória típica protetora do direito de propriedade, que é uma ação real é a ação reivindicatória. A ação do proprietário não possuidor para reaver a coisa de um não proprietário possuidor injusto, quando um proprietário tinha a posse e a perdeu injustamente.

Fundamento: art. 524 do CC de 1916 e 1228 do novo código, sendo que o STJ e a doutrina estendem essa ação além do proprietário pleno ao proprietário resolúvel, ao enfiteuta e até ao promitente comprador de imóvel desde que o título esteja registrado do RGI e o preço pago. É um processo de conhecimento por rito ordinário em que o seu autor deve comprovar documentalmente a sua propriedade ou um direito real antes mencionado, e se não o fizer no prazo processual a ele relacionado, o feito deve ser extinto.

Estando a documentação perfeita, é possível o deferimento da tutela antecipada, desde que preenchidos os requisitos legais do artigo 273 e ss.

Difere da imissão porque nesta o pedinte nunca teve a posse.

A doutrina discute se a pretensão reivindicatória, que é uma pretensão real, está sujeita à prescrição extintiva ou liberatória.

Alguns, como Pontes de Miranda e Humberto Theodoro Junior, entendem que sim, seja pelo art. 177 do código de 1916, em que as ações reais prescreveriam em 10 anos entre presentes e 15 entre ausentes, hoje, segundo este último autor, pela aplicação de um único prazo genérico de prescrição extintiva: 10 anos (art. 205 do novo código).

No entanto, forte corrente doutrinária, como Washington de Barros Monteiro e Leone, entende que a ação reivindicatória é imprescritível, não está sujeita à prazo de prescrição extintiva ou liberatória. Isso porque a prescrição extintiva é meio de defesa em favor de devedor da relação obrigacional, já que o seu objeto é a prestação, não sendo de aplicar-se nos direitos reais cujo objeto é a coisa.

Para pretensões ou ações reais, só se deve utilizar como meio de defesa a prescrição aquisitiva ou usucapião, nos prazos pertinentes ao tipo de usucapião, percebido no caso concreto.

II - Imissão na posse:

Outra ação que protege a propriedade é a ação de imissão na posse, prevista no CPC de 1938, como ação possessória, porém a doutrina sempre a considerou como uma ação petítória e que mesmo sem previsão do novo CC, nem no CPC, continua existindo até os nossos dias. É a ação do proprietário que nunca teve a posse para obtê-la do possuidor injusto com base no seu direito real (*ius possidendi*), cabível aqui também a tutela antecipada, preenchidos os requisitos legais. Fundamento no CC, art. 1228, sendo admissível tanto para o proprietário pleno, quanto para o proprietário resolúvel, ao enfiteuta, segundo o STJ, ao promitente comprador de imóvel, mesmo que a promessa não esteja registrada no RGI, havendo apenas direito pessoal, bastando que no título exista o dever de entrega do imóvel por parte do promitente vendedor.

III – Confessória:

É a ação do titular de um prédio dominante, de natureza real e declaratória, para que o dono do prédio serviente reconheça ou confesse a existência de uma servidão, podendo ser cumulada com uma ação demolitória, visando a demolição de uma obra que impede o exercício da servidão, também pode ser cumulada com perdas e danos se essa obstrução causar prejuízo (art. 1383 e/ou art. 186 do CC).

IV – Negatória:

Ao contrário da ação confessória, existe a ação negatória da servidão, também de natureza real, em que um proprietário vizinho requer ao Juiz, estando sofrendo uma restrição ilegítima por alguém que se diz titular de uma servidão sobre seu imóvel, ou até em relação a um direito real menor que haja declaração de que a propriedade do autor é plena, sem restrições.

Obs: a propriedade presume-se plena e exclusiva em favor do proprietário, até que se prove o contrário (art. 1231). Porém, o art. 4º do CPC permite a ação declaratória de existência ou inexistência de relação jurídica.

A chamada ação negatória ou a ação confessória, de natureza declaratória e real, normalmente são utilizadas para se discutir a existência ou inexistência do direito real de servidão, porém, nada impede que elas sejam usadas para que se confesse ou se declare a existência ou inexistência de qualquer outro direito real menor.

V – Dano Infecto (dano iminente):

Essa ação de dano infecto está relacionada ao direito de vizinhança, tendo caráter real e pode ser utilizada, seja por um proprietário, seja por um possuidor, quando houver receio de perigo iminente em razão da ruína do prédio vizinho ou por vício de construção, exigindo-se por parte do réu, a demolição, reconstrução ou reparação nesse prédio vizinho (art. 555 do CC de 1916, e art. 1280 do código novo).

Essa ação não é a do art. 937 do CC que trata da ruína de falta de reparos. É a ação do cosito in suspenso, quando já caiu um pedaço de prédio.

É cabível astreinte, que está prevista no art. 287; 461, § 4º e 644; todos do CPC.

Nada impede que o proprietário ou possuidor entre com essa medida em caráter preventivo, e mesmo exigindo do vizinho uma caução na chamada caução de dano infecto, que pode ser real ou fidejussória (art. 838 do CPC e 1280, parte final do CC).

Essa caução tem por objetivo garantir a recomposição do prejuízo que irá ocorrer se efetivamente acontecer a ruína.

Lato sensu, alguns autores entendem que também se denominaria como ação de dano infecto todas as vezes que o proprietário ou possuidor intentassem ações com o objetivo de fazer cessar as interferências de um prédio a outro, prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos habitantes da propriedade vizinha (art. 1287, parágrafo único do novo código; 554 do CC de 1916).

09.12.Reais.

VI – Nunciação de obra nova:

É a ação para impedir que uma edificação fique prejudicada em sua natureza, substância, suas servidões ou finalidades, que são destinadas por força de uma obra nova que está sendo realizada em prédio vizinho, não necessariamente contíguo, ou então atribuída a um condômino para impedir que outro condômino realize obra com prejuízo da coisa comum ou então ao Município para impedir o particular de construir algo em desacordo com a lei ou regulamentos municipais (art. 934, I a III do CPC).

Está prevalecendo o entendimento de que essa ação, que serve tanto ao proprietário quanto ao possuidor, sendo uma ação real de natureza mista, de que ela só caberia em relação a obra sendo feita inteiramente no prédio vizinho. Havendo invasão do imóvel alheio a ação adequada seria a reintegração de posse tendo em vista a substituição do artigo 573 do CC de 1916 pelo 1301 do novo código, ficando suprimida a expressão “o proprietário pode embargar a construção de prédio que invada a área do seu”.

É possível o embargo extrajudicial, nos termos do art. 935 do CPC.

A ação de nunciação de obra nova ou embargo de obra nova deve ser proposta antes do término da obra em questão, pois se a obra já estiver concluída ou em fase final de construção, caberá apenas a ação demolitória e se já houver prejuízo efetivado, também cabe o pleito de perdas e danos.

Além do embargo verbal extrajudicial feito pelo prejudicado que deve ratificá-lo em Juízo (art. 935), o Juiz pode in alibi altera pars, sem ouvir a outra parte, conceder liminarmente o embargo requerido, determinando desde logo a suspensão da obra e se for o caso, a reconstrução, nulificação ou demolição que estiver prejudicando o interessado (art. 937 e 936 do CPC), porém o nunciado pode requerer o prosseguimento da obra até decisão definitiva desde que preste caução e demonstre o prejuízo resultante da paralisação (art. 940 do CPC), aplicando-se na maioria das hipóteses de denunciação de obra nova as regras materiais inerentes ao direito de construir, especialmente nos artigos 1299 a 1302 do novo código.

VII – Embargos de Terceiros:

Esta ação (art. 1046 a 1053 do CPC) é uma ação autônoma de impugnação, por rito ordinário, é a ação que compete tanto ao proprietário quanto ao possuidor, com a finalidade de desconstituir uma decisão judicial que represente turbação ou esbulho na posse de alguém, através de penhora, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrolamento, arrecadação, e o embargante requer ao Juiz que seja mantido ou que o bem lhe seja restituído livre da constrição judicial.

Na ação possessória típica, o autor requer a manutenção ou restituição da posse do bem quando o vício possessório é praticado pelo particular, pessoa física ou jurídica, ou pelo ente público. Nos embargos de terceiro, a lesão, no entanto, é praticada por um Juiz, a rigor a ação de embargos de terceiro cabe, como o próprio nome indica, à pessoa que se diz prejudicada em sua posse ou propriedade que não participou ou que não participa do feito /// propor tais embargos, desde que nesses embargos discuta direito diferente daquele objeto do litígio. Desse modo, se um executado teve penhorado um bem de que é titular com cláusula de inalienabilidade, pode opor embargo de terceiro para alegar essa circunstância.

Um condômino que faz parte de uma ação divisória sobre bem comum divisível pode embargar como terceiro se a linha divisória invadir o prédio contíguo de sua propriedade.

O artigo 1051 do CPC permite que o Juiz, sem ouvir a outra parte, defira liminarmente os embargos de terceiro, desde que entenda suficientemente comprovada a posse do embargante e a lesão advinda da constrição judicial. Os embargos de terceiro são muito utilizados em pelo menos duas hipóteses que estão sumuladas no STJ.

Primeira hipótese é a súmula 84 que confere legitimidade a um promitente comprador de imóvel de embargar de terceiro sob a alegação de que o imóvel comprometido à venda de que é possuidor foi atingido por constrição judicial, mesmo que o compromisso não tenha sido registrado no RGI, ausente, portanto, o direito real.

O art. 1º da lei 8009 protege apenas a família, mas o STJ vem entendendo que uma pessoa solteira ou viúva pode se valer de tal artigo.

Uma outra súmula sobre isso é a súmula 134 do STJ que diz que o cônjuge do executado que não participa da execução, mesmo tendo sido intimado da penhora de imóvel do casal, tem legitimação para entrar com embargos de terceiro na defesa da sua meação. Esta súmula tem que ser combinada com o art. 1053, § 3º do CPC.

“A” é casado com “B”, tendo um imóvel comum. “A” é devedor, sendo o imóvel penhorado inteiramente. Se o executado for “A” e “B”, caberá embargos do executado. Se o executado for apenas “A”, sendo “B” também intimado da penhora, a medida correta por parte deste é o embargo de terceiro.

No entanto, há quem entenda que também são admissíveis os embargos do executado por parte de “B”.

Desde o advento do estatuto da mulher casada, o cônjuge pode livrar a sua meação da constrição judicial, por uma dívida não contraída por ele, qualquer que seja o regime de casamento.

VIII – Ação demolitória:

É uma ação de natureza real, tutela o direito de propriedade e os direitos de vizinhança, portanto, também cabível ao possuidor, e visa como o nome está dizendo, que o Juiz determine a demolição ou reconstrução de determinado prédio quando há ofensa à regras do direito de vizinhança (art. 1277), do direito de construir (art. 1299, 1313), ou quando houver ruína no prédio vizinho ameaçando os imóveis em volta dele ou os transeuntes em geral (art. 1280, 937).

A providência demolitória pode surgir como medida cautelar até mesmo por parte de poder público (art. 888, VII do CPC), sendo cabível, preenchidos os requisitos legais, requerer essa medida pelo rito ordinário com pleito de tutela antecipada, sendo muito comum vir a pretensão demolitória acompanhada da ação de nunciação de obra nova, sendo possível, outrossim, exigir-se a caução de dano infecto (art. 826 a 838 do CPC c/c 1281 do CC).

IX – Ação divisória:

É a ação regulamentada no CPC (art. 967 a 981) que serve, principalmente, para permitir a qualquer condômino de bem divisível a extinção do condomínio através da divisão da coisa comum. Hipótese mencionada no novo CC, bem como no antigo CC nos artigos 1320 e 629, respectivamente.

Obs: Na ação divisória, nos termos do artigo 979, II do CPC, temos uma hipótese em que o próprio Juiz do feito pode instituir uma servidão, na chamada servidão judicial, de modo que ele venha compensar determinado condômino que teria prejudicado pela divisão, aproximando o máximo possível as desigualdades naturais que existem entre um prédio e outro.

Ex: “A”, “B” e “C” têm um imóvel de 10.000m². Proposta ação para divisão, face ao conflito entre os proprietários, na sentença, devido às naturezas do terreno, um deles fica sem acesso à rua, vindo o Juiz a estipular também a instituição de uma servidão em favor deste.

X – Ação Demarcatória:

Também o CPC prevê um tipo de ação real denominada ação demarcatória que tem por objetivo (art. 950 a 966) alimentar marcos, cria-los, ou renova-los, deixando claro a linha que divide duas propriedades contíguas, podendo a ação demarcatória ser cumulada com pedido possessório e também perdas e danos. No plano do direito material, o direito à demarcação, que é um direito de vizinhança, está previsto no artigo 1297, segunda parte, do código novo, que diz que o proprietário pode constranger o proprietário do prédio confinante a proceder com ele a demarcação entre os dois prédios, aviventar rumos apagados e renovar marcos destruídos ou arruinados, repartindo-se as despesas entre os vizinhos.

- DIREITO DE VIZINHANÇA.

Capítulo V, do livro “Do Direito das Coisas”, artigos 1277 a 1313 do novo código.

Os direitos de vizinhança, segundo Beviláqua, são regras que restringem o exercício dos direitos inerentes à utilização da propriedade imobiliária pela imposição mútua de obrigações aos vizinhos, confinantes ou não, com a finalidade de prevenir e compor os conflitos próprios de vizinhança, sendo denominados pela doutrina de servidões legais, já que são impostos pela lei, ao contrário das servidões que é um direito real menor, que normalmente nascem de um acordo, de um contrato de servidão.

Ao contrário do que afirmava Santiago Dantas, o direito de vizinhança não é um direito real, e sim direito de natureza mista, sendo obrigações propter rem, aquelas que só nascem pelo fato de alguém ser possuidor ou proprietário de determinado bem e não são direitos reais mesmo que seu objeto seja um imóvel vizinho tendo em vista que aqui não há o absolutismo do direito real, não há oponibilidade erga omnes, pois estas restrições legais ao uso da propriedade imobiliária só se opõem entre vizinhos, lindeiros ou não, até o limite onde são alcançados pela chamadas interferências ou emissões.

A expressão deveria ser deveres de vizinhança e não direitos de vizinhança.

Interferências ou imissões são todas as repercussões incômodas ou prejudiciais que decorrem do uso de um imóvel em relação ao imóvel que lhe seja vizinho, pouco importando a natureza dessa interferência. Tudo que possa partir de um prédio e introduzir-se em outro prédio e ser percebido pelos nossos sentidos, sem necessidade de contigüidade, é interferência, que pode ser corpórea, como por exemplo: água, gases, fumaça, lixo; ou incorpóreas: como som, odores, calores; são consideradas interferências, no sentido jurídico, e essas interferências ou imissões, em princípio, não são ilícitas, são encargos primários ou ordinários de vizinhança e sempre irão ocorrer, muitas vezes sem que seja possível nenhuma providência judicial. A chave da questão é se essa interferência ou imissão deriva do uso normal ou anormal da propriedade.

11.12.Reais.

Os direitos de vizinhança, que na realidade deveriam se chamar restrições de vizinhança, em geral, determinam ao vizinho a abstenção de determinados atos em seu prédio ou a permissão de que os proprietários ou possuidores próximos realizem certos atos que inevitavelmente causarão incômodos.

Nas relações de vizinhança, a doutrina e a jurisprudência, geralmente, dividem os atos entre vizinhos no seguinte modo:

a) Atos lesivos:

São aqueles atos impostos pela vida em sociedade que causam incômodo aos vizinhos através de imissões ou interferências, partindo de um imóvel para atingir o outro, porém, considerados encargos primários de vizinhança, sem o uso anormal da propriedade e que devem ser tolerados, como o choro de uma criança, a música que avança sobre os ouvidos do vizinho, o barulho de uma descarga, o ranger do elevador, o bater das portas, o cachorro latindo, o barulho de uma tipografia ao lado.

Logicamente, levando-se em conta o que acontece na média da sociedade, de acordo com o parágrafo único do artigo 1277, considerando-se a localização do prédio, a zona onde está localizado, em suma, os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.

Pode ocorrer, no entanto, que no caso concreto, esse limites de tolerância sejam ultrapassados, que haja o uso anormal da propriedade, que é verificado pela tolerância do homem médio, também considerando o mesmo parágrafo único do artigo 1277, já que o Juiz deve verificar o grau de intolerância da interferência através dos critérios da localização do prédio, ou seja, se está situado em zona comercial ou industrial, ou ainda em zona residencial, os usos e costumes daquele local, além da utilização já mencionada da coisa pelo homem médio. O professor Santiago Dantas, a propósito do critério da composição dos conflitos de vizinhança, nos dá conta da **teoria da pré-ocupação**, ou teoria da **anterioridade da posse**, ou seja, de uma certa maneira, quem ocupa primeiro uma determinada área, acaba ditando às pessoas que vêm depois o tipo de interferência que os vizinhos deve tolerar, além disso, o mesmo professor menciona o que está mencionado no artigo 1278 do novo código, que por vezes ocorre uma perturbação intolerável, havendo anterioridade da posse ou não, porém, essa

interferência ou prejuízo causado são justificadas por interesse público, como ocorre, por exemplo, como uma fábrica instalada na proximidade de residências que causa poluição ou barulho excessivo, porém que gera milhares de empregos para a comunidade.

Em suma, quando houver o uso abusivo ou anormal da propriedade, incomodando ou prejudicando a segurança, o sossego e a saúde dos vizinhos, esses atos abusivos, havendo interesse privado, podem cessar ou serem reduzidos através de decisão judicial (art. 1277, parágrafo único) normalmente o vizinho utilizando-se da chamada ação cominatória, requerendo que o outro vizinho, ou se abstenha de continuar com os atos abusivos, ou que tome medidas para redução do incômodo em limite tolerável, sob pena de multa diária (artigos 287; 461, 4º; 644 do CPC). Havendo dano consumado, será cumulada com indenização, ou seja, perdas e danos que abrange os lucros cessantes.

Não existe a chamada lei do silêncio.

Os atos abusivos de vizinhança podem até, e normalmente não o são, atos dos ilegais, ilícitos civis, atos ilícitos em sentido subjetivo. O que interessa é o Juiz verificar se esses atos são considerados abusivos, refletem uma utilização considerada anormal, e deste modo, devem cessar, ou seja, serem eliminados ou reduzidos a determinados limites.

Atos lesivos não são ilegais nem abusivos.

No entanto, pode acontecer que ocorra o ato abusivo intolerável na relação entre vizinhos, porém, como já foi dito, prevaleça o interesse público, determinando hoje o artigo 1278 que a atividade permaneça, porém o causador do incômodo deve pagar ao vizinho uma indenização.

Uma outra novidade é o artigo 1279 que determina a possibilidade de uma ação revisional pertinente ao direito de vizinhança, ou seja, se na atividade privada ou pública o Juiz entender que naquelas circunstâncias devam ser toleradas as interferências, é possível no futuro que o vizinho que perdeu a demanda possa exigir a redução ou eliminação do incômodo quando isso se tornar tecnicamente possível. A título de exemplo, uma fábrica poluindo determinada zona que não cessou sua atividade por interesse público e ao surgir uma nova tecnologia de filtro anti-poluente, através de nova ação, o Juiz pode determinar a instalação destes filtros.

Obs: a doutrina costuma a afirmar ou classificar os atos de vizinhança, como já foi dito, em atos lesivos, porém toleráveis, abusivos e intoleráveis, mas se houver interesse público permanecerá apenas o direito de indenização, ressaltando que nessas hipóteses pode ocorrer a prática de atos ilícitos em sentido subjetivo e aí a questão se resolve pelos princípios da responsabilidade subjetiva extracontratual do artigo 186; 927, caput do novo código, enquanto que os atos abusivos, onde há ato ilícito em sentido objetivo, resolvem-se pela teoria do abuso do direito, hoje consagrada no artigo 187 do novo código.

Exemplos de atos ilícitos em sentido estrito no direito de vizinhança:

Jogar lixo no terreno alheio; jogar o automóvel em cima do portão alheio, matando o cachorro do vizinho.

Para Cavalieri, o ato ilícito em sentido objetivo ou subjetivo, sempre há a violação de dever jurídico e prejuízo. Na responsabilidade objetiva a violação de dever jurídico é com relação ao dever de cautela e ao dever de segurança. Há, portanto, violação de dever jurídico, não se discute culpa e vai haver prejuízo. No ato subjetivo clássico, vai haver violação de dever jurídico, culpa e dano.

Em relação ao direito de vizinhança, o novo código, como o código antigo, disciplina os direitos de vizinhança típicos, como os direitos inerentes às árvores limítrofes, à passagem forçada, ao recebimento de água em relação aos prédios alheios, o direito de tapagem e de demarcar os limites entre os prédios, o direito de construir etc.

Quanto às árvores limítrofes, uma vez estudado o uso anormal da propriedade (art. 1277 a 1279), a matéria está disciplinada hoje nos artigos 1282 a 1284.

O artigo 1282 pressupõe um condomínio em relação à propriedade de uma árvore, embora com presunção relativa, que se presume pertencer a ambos os vizinhos se o tronco estiver na linha divisória das propriedades, regida este condomínio pelas regras da co-propriedade geral ou ordinária (art. 1314 e ss.).

O art. 1283 determina um direito potestativo do vizinho que permite ao mesmo cortar as raízes e os ramos de uma árvore que ultrapassem a extrema do seu prédio, mesmo que no caso a árvore pertença ao vizinho.

Segundo Clóvis Beviláqua, havendo o corte das raízes, sendo considerado um ato lícito de conduta, se a árvore apodrecer e cair, prejudicando o vizinho ou quem quer que seja, não haveria dever de indenizar, a não ser que a própria lei determinasse essa indenização.

A doutrina clássica diz que não há indenização porque não há responsabilidade subjetiva e a responsabilidade subjetiva decorreria de determinação da lei, o que não ocorre.

No entanto, segundo o professor Silvio Rodrigues, quando alguém exerce o poder potestativo de cortar raízes ou ramos que invadem o seu terreno, embora praticando ato lícito de conduta e não havendo imposição pela lei de qualquer indenização, como ocorre em outros direitos de vizinhança, o bom senso exige um prévio aviso desse corte ao dono da árvore, para que esse tome as cautelas necessárias para evitar o perecimento desta. Não havendo o aviso, para esse professor, haverá ato ilícito em sentido subjetivo, gerando um dever de indenizar por negligência daquele que realiza o corte, responsabilidade subjetiva por ato ilícito.

Já o artigo 1284 diz que os frutos, ao caírem da árvore do terreno vizinho, passam a pertencer, desde que a queda seja natural, ao dono do solo onde caíram, se o solo for particular. Esta regra não se aplica ao serem animados.

A contrário senso, se o fruto cair na via pública, continua pertencendo ao dono da árvore.

DA PASSAGEM FORÇADA.

Art. 1285, parágrafos 1º a 3º.

O direito a obter uma passagem forçada, que é um direito potestativo, é aquele imposto pela lei em favor de um dono de um prédio encravado, ou seja, um prédio que não tenha acesso à via pública, nascente ou porto, e desse modo, esse vizinho pode obter do outro, até judicialmente, o direito a uma passagem sobre o terreno vizinho, porém, ao obter essa passagem, terá que pagar uma indenização. Para a maioria dos autores trata-se de uma hipótese clássica de responsabilidade civil objetiva por ato lícito de conduta (Carlos Roberto Gonçalves).

No entanto, para o professor Cavalieri, tendo em vista que para esse autor, na responsabilidade objetiva também sempre haverá violação de dever jurídico pré-existente, ou seja, dever de cautela ou segurança mesmo que não se discuta culpa como no caso da passagem forçada e outras hipóteses de direito de vizinhança, onde haverá pagamento de indenização, não há essa violação de dever jurídico pré-existente, ele afirma expressamente na sua obra que aqui não haverá responsabilidade civil. Haverá mero dever jurídico de indenizar.

16.12.Reais.

A passagem forçada, como um direito de vizinhança, é uma necessidade e não uma comodidade, sendo esse um dos pontos em que a passagem forçada se diferencia da servidão de passagem.

A passagem forçada é um direito misto, uma obrigação propter rem, uma necessidade, inclusive social, já que se trata de um prédio encravado, sem passagem para a via pública.

Já a servidão de passagem é um direito real sobre a propriedade alheia, não decorre da lei como a passagem forçada, sendo normalmente constituída por uma convenção, um contrato de servidão registrado no RGI (art. 1378 do novo código). Ela é uma comodidade como toda servidão e não uma necessidade.

O direito real de servidão nasce no momento em que o contrato é registrado no RGI.

Obs: sendo a servidão um direito real sobre coisa alheia, só poderá existir esse direito real se o contrato de servidão for devidamente registrado no RGI, tendo em vista que enquanto não houver o registro, trata-se apenas de direito obrigacional. Os proprietários vizinhos podem, no entanto, mesmo como a intenção de constituírem um direito real de servidão, impedirem que isto aconteça, ao determinarem no contrato um prazo para o exercício da serventia, tendo em vista que a servidão é uma comodidade perene que não deve estar sujeita a prazo já que ela se destina a compensar as eventuais diferenças entre imóveis, e mais, os proprietários podem convencionar a utilização de uma serventia de um imóvel a outro sem a intenção de constituírem um direito real, realizando um contrato obrigacional de serventia a título gratuito ou oneroso.

Pode ocorrer, no caso concreto, que determinado imóvel tenha passagem para a via pública, porém, essa passagem é extremamente dificultosa, insegura, insuficiente, inadequada à exploração econômica do imóvel. Nesse caso indaga-se se o proprietário desse imóvel pode exigir uma outra passagem mais adequada sobre o terreno do vizinho.

Parte da doutrina e da jurisprudência entendem que não. Só caberia passagem forçada, como direito de vizinhança ao dono do prédio encravado. No entanto, uma outra corrente afirma o contrário, sobre a alegação de que quem tem passagem, porém extremamente dificultosa, não tem passagem alguma. Por todos, o enunciado 88 do CEJSTJ – 09/2002.

“O direito de passagem forçada, previsto no artigo 1285 do CC, também é garantido nos casos em que o acesso à via pública for insuficiente ou inadequado, considerados inclusive as necessidades de exploração econômica”.

Segundo o parágrafo primeiro do artigo 1285, quando o dono do prédio encravado tiver mais de um vizinho, quem sofrerá a passagem forçada é aquele vizinho cujo imóvel se prestar mais facilmente e de maneira menos onerosa à passagem forçada.

O que determinará é a perícia judicial, ressalvado o caso de acordo.

Isso não estava no código antigo, mas está no código novo, como consagração de doutrina e jurisprudência, do mesmo modo os parágrafos 2º e 3º, nos termos da doutrina e da jurisprudência dominante, afirmam que se alguém vende um imóvel ou o desmembra, se isso provocar encravamento, só entre alienante e adquirente pode haver o direito à passagem forçada, que não atingirá os demais vizinhos.

Segundo Lenine Nequete, é perfeitamente possível pela usucapião adquirir-se o direito à passagem forçada, especialmente quando, ou por obra pública, ou por qualquer outro motivo, a passagem forçada, como tal, deixa de existir.

No CC de 1916, a servidão como direito real de coisa alheia, o art. 709, II dizia como modo de extinção de servidão o seguinte: “quando a servidão for de passagem, que tenha acessado pela abertura de estrada pública, acessível ao prédio dominante, extingue-se a servidão”. Isto não é extinção de servidão, mas sim de passagem forçada. Estava no lugar errado, sendo tirado do novo código.

Só se adquire por usucapião direitos reais. O direito de vizinhança não pode ser usucapido.

Nelson Luiz Alves Pinto combate esse posicionamento afirmando que não é possível a usucapião de passagem forçada tendo em vista que a usucapião destina-se à aquisição de direitos reais, e a passagem forçada não é um direito real. Além do mais, extinto o encravamento, não haverá mais passagem forçada e se o local continuar a ser utilizado sem oposição, o que poderá ocorrer será a aquisição pela usucapião de uma servidão de passagem ou servidão de trânsito, desde que considerada aparente.

DO DIREITO DE CONSTRUIR.

Art. 1299 a 1313 do novo código.

Em primeiro lugar, embora o direito de propriedade seja considerado um direito absoluto, modernamente ele sofre cada vez mais, seja do poder público, seja nos particulares, especialmente os vizinhos, severas restrições. É o que diz o art. 1299 do novo código que substitui o artigo 572 do código antigo, ou seja, o proprietário pode levantar no seu terreno as construções que lhe aprouver. Porém, na segunda parte do artigo, o legislador diz “salvo os direitos dos vizinhos e os regulamentos administrativos”, englobando a legislação edilícia, o poder de polícia do município em reprimir as construções irregulares.

Além disso, no campo da responsabilidade civil está assente da doutrina, como por exemplo, Cavaliere, Nelson Nery Júnior, Carlos Roberto Gonçalves, e outros, de que a responsabilidade por danos causados de uma construção aos prédios vizinhos ela é objetiva, dispensando-se a indagação de culpa do proprietário e/ou construtor, sendo cabível ao vizinho prejudicado ou na iminência de ser prejudicado a ação cominatória, a ação demolitória, acompanhada de perdas e danos e caução de dano infecto.

Obs: A **caução de dano infecto** está prevista no artigo 1277 e 1280 do novo código. Está prevista no CPC nos artigos 826 e 838.

Hoje está assente também que no caso de prejuízo pela construção no prédio vizinho, haverá solidariedade entre o proprietário do prédio vizinho e o construtor ou empreiteiro (art. 942, parágrafo único do novo código).

O novo CC, no artigo 1300, em primeiro lugar, proíbe que a construção feita no terreno ao lado de algum modo deite goteiras no terreno do vizinho, e no artigo 1301 proíbe, o que já ocorria no código anterior, abrir janelas, terraço ou varanda a menos de metro e meio do terreno do vizinho. A contrário senso, desde que respeitadas as leis de edificação municipais, é possível em área urbana construir bem próximo à linha divisória, o que não se pode é abrir janelas, varandas ou terraços, segundo jurisprudência, não incluído aí as portas a menos de metro e meio da linha divisória, tendo em vista a preservação do direito à intimidade de cada um dos vizinhos.

Obs: tratando-se de prédio rural, o artigo 1303 não permite o levantamento de qualquer edificação, como abertura de janela ou não, a menos de 3 metros da linha divisória.

O art. 1301, parágrafo 2º, do novo código, que substituiu o parágrafo 1º do art. 573 do antigo código, diz que não se considera como abertura proibida os buracos para luz ou ventilação não maiores que 10cm de largura, sobre 20cm de comprimento, construídas a mais de 2m de altura de cada piso.

A construção de várias aberturas na mesma parede é caso de violação da lei por via oblíqua. É a chamada fraude à lei em sentido estrito.

A propósito de vidro translúcido ou opaco, a súmula 120 do STF que diz: “parede de tijolos de vidro translúcido pode ser levantada a menos de metro e meio do prédio vizinho não importando servidão sobre ele”.

Súmula 414 do STF: “não se distingue a visão direta da oblíqua na proibição de abrir janela ou fazer terraço, eirado ou varanda, a menos de metro e meio do prédio de outrem”.

No caso de construção violadora de intimidade em andamento, a providência adequada do vizinho prejudicado é a ação de nunciação de obra nova visando a suspender o andamento da obra impondo o fechamento para da abertura proibida sob pena de multa diária (astreinte).

Estando a obra encerrada (só falta arremate, pintura, não necessitando de habite-se), concluída ou em fase final de acabamento, o artigo 1302 permite a propositura de demanda demolitória, exigindo o vizinho possível a pena de multa, que se desfaça, janela, sacada, terraço ou goteira sobre o seu prédio, dentro do prazo de ano e dia desta construção.

Havendo cumulação de pedidos, o Juiz extingue uma e recebe a outra ação.

Passado ano e dia, a contrário senso, não se pode mais exigir o desfazimento da abertura proibida, e sob o império do código de 1916, discutia-se a natureza jurídica desse prazo.

Art. 1302, segunda parte do novo código.

Primeira corrente: trata-se de prazo prescricional e, portanto, passado ano e dia da conclusão da obra com a abertura proibida, o vizinho infrator adquire através da usucapião a servidão de luz e vista sobre o imóvel alheio. Corresponde a um direito subjetivo.

Obs: Todo direito, seja ele subjetivo ou potestativo, é lato senso direito subjetivo, porque são poderes ou faculdades de agir atribuídas a um sujeito. Em sentido estrito, há uma diferença, pois o direito subjetivo é o poder ou faculdade de agir de exigir de outrem um dever jurídico correspondente. Direito potestativo se diferencia do direito subjetivo porque não tem dever correspondente, mas apenas uma sujeição. A maioria dos direitos de vizinhança é potestativo (Luiz Paulo).

Havendo servidão de luz e vista não é possível mais o vizinho prejudicado construir no limite do seu terreno mesmo que essa construção não implique em abertura de janela, terraço ou varanda.

Segunda corrente: afirmava que esse prazo teria natureza decadencial dentro do campo dos direitos potestativos de vizinhança, onde há poder de um lado e mera sujeição do outro lado e não um dever jurídico correspondente, fora do campo dos direitos reais, que são direitos subjetivos absolutos.

Sendo o prazo decadencial não haveria servidão de luz e vista e o vizinho prejudicado, embora não possa mais exigir o desfazimento da abertura proibida, pode perfeitamente construir no limite de seu prédio desde que não queira abrir janela, terraço ou varanda, mesmo que isso prejudique a entrada de luz e a vista do imóvel vizinho.

Para Luiz Paulo essa corrente é a mais correta.

18.12.Reais.

Acórdão do STJ: Vencido o prazo de ano e dia estipulado no art. 576 do CC, o confinante prejudicado não pode exigir que se desfaça a janela, sacada, terraço ou goteira. Mas não fica impedido de construir no seu terreno com distância menor do que metro e meio, ainda que a construção prejudique ou vede a claridade do prédio vizinho. Ausência de servidão.

No novo código, art. 1302, caput, segunda parte, o legislador adotou a tese de maneira implícita que passado ano e dia após a conclusão da obra o proprietário prejudicado não pode mais exigir o desfazimento da abertura feita irregularmente, porém, não fica impedido de

edificar em seu terreno a menos de metro e meio, a não ser que queira abrir janela, terraço, varanda etc.

Das Águas.

Art. 1288 a 1296 do novo código. E naquilo que não colidir com o novo código, ainda está em vigor o DL 24643/1934, que é o código de águas, que revogou parcialmente artigos que disciplinavam a matéria no CC de 1916 e a lei federal 9433/1977.

O art. 1288, que substitui o art. 69 do Código de Águas, regulando uma lei física, tudo que está em cima tende a descer, diz que o dono ou possuidor do imóvel inferior é obrigado a receber as águas que correm naturalmente do superior.

Águas que correm naturalmente são as águas de chuva, águas pluviais, e que brotam naturalmente do prédio superior, dispondo o mesmo artigo que o proprietário do prédio inferior não pode represa-las, embaraçando o seu fluxo, nem em prejuízo do proprietário superior, nem em prejuízo dos demais prédios, impedindo-se o seu fluxo natural.

Obs: a parte final deste artigo proíbe, outrossim, que o proprietário ou possuidor do prédio superior faça obras que de algum modo agravem a condição de recebedor de águas do prédio inferior.

O art. 1289, por sua vez, determina, revogando o art. 92 do Código de Águas, de modo parcial, retornando a redação primitiva do art. 564 do código de 1916, que quando de modo artificial forem levadas águas ao prédio superior através de aqueduto, por exemplo, ou o titular do prédio superior também artificialmente colher essas águas, o titular do inferior tem o direito ou de reclamar que as águas artificiais sejam desviadas ou pode pleitear uma indenização, deduzido o valor do benefício obtido.

O art. 1290 do CC, que substitui o art. 90 do Código de Águas, determina que o proprietário de uma nascente ou do imóvel onde caem águas da chuva (águas naturais), satisfeitas as necessidades do seu consumo, ou seja, higiene, alimentação, agricultura etc, não pode impedir ou desviar o rumo natural das águas remanescentes que caminham para os prédios inferiores, sendo um direito social do dono do prédio inferior de receber as águas supérfluas, permitindo-se que todos aproveitem da melhor maneira possível tais águas. Trata-se aqui de uma **servidão legal de águas supérfluas**, sendo que as águas pluviais estão regulamentadas no Código de Águas no art. 102 e 103.

Obs: nada impede que os proprietários vizinhos, em relação às águas naturais ou artificiais, quanto ao escoamento, possam convencionar a instituição de servidões como direito real sobre coisa alheia por comodidade, porém, os proprietários vizinhos de prédios superiores e inferiores entre si, por necessidade básica e social, tenham direito ao aproveitamento das águas através das servidões legais mencionadas pelo legislador que são direitos de vizinhança.

O art. 1291, muito mal redigido, está afirmando, como um direito ao meio-ambiente sadio, de matriz constitucional, que o possuidor do imóvel superior não pode poluir as águas que escorrem para os prédios inferiores, sejam as águas concernentes às primeiras necessidades, sejam as águas supérfluas. Se o fizer, pratica ato ilícito, terá que indenizar os possuidores prejudicados e também, a contrário senso, deverá recuperar o local poluído ou realizar o desvio necessário.

Já o art. 1292 dispõe que todo proprietário pode construir barragens, açudes, ou obras similares, sem suma, represando águas em seu prédio (desde que não seja impedido o aproveitamento e o escoamento natural para os demais prédios), porém, feita a represa ou

açude, se as águas transbordarem, independentemente de culpa, o vizinho prejudicado terá direito à indenização, deduzindo-se, porém, o valor do benefício obtido pelo transbordamento se esse benefício ocorrer.

Aqueduto.

Os artigos 1293 ao 1296 regulam o direito de aqueduto, que vem do direito romano, aqui como direito de vizinhança, servidão legal e não convencional de canalizar as águas de que o proprietário tenha direito conduzindo-as pelo terreno alheio através de regos ou canos descobertos ou subterrâneos. Direito de vizinhança que se inspirou, embora já existindo no código de 1916, no art. 1561, I a IV, do CC Português, de 1966.

Obs: o direito de aqueduto, por cima ou por baixo, ou seja, de conduzir a água vital sobre ou sob o terreno alheio é assemelhado ao novo direito de vizinhança, também por natureza oneroso, do artigo 1286 e 1287 do código novo, do direito à passagem pelo prédio vizinho de cabos e tubulações subterrâneas, de serviços e utilidades públicas, quando de outro modo não for possível a chegada de tais serviços a determinado proprietário.

Em relação ao aqueduto, o legislador, no art. 1294, diz que se aplica ao direito de aqueduto os princípios da passagem forçada, tendo em vista que esse direito protege a necessidade do ser humano, das pessoas em geral de obterem água para suas atividades primordiais.

O art. 1296, que é novidade no novo código, prevê a hipótese do chamado aqueduto derivado, ou seja, concluído o aqueduto, se existirem águas supérfluas, outros vizinhos poderão também canalizar tais águas, desde que paguem indenizações aos proprietários onde esse aqueduto derivado se instale e indenização ao dono do aqueduto principal.

Em matéria de águas, a jurisprudência tem admitido o manejo por parte do vizinho prejudicado das ações possessórias, através da ação de manutenção de posse, além da possibilidade de uso das ações típicas de vizinhança, verificadas caso a caso, tais como nunciação de obra nova, demolitória, indenizatória, cominatória e ação de dano infecto.

Observação sobre o direito à demarcação (art. 1297 e 1298 do CC; 946 a 966 do CPC; art. 1328 do CC):

Discute a doutrina e a jurisprudência se é possível a cumulação de pedidos entre a ação demarcatória e ações possessórias ou petitorias, tais como a reivindicatória.

A melhor opinião favorável à acumulação é a de Washington de Barros Monteiro que divide o direito à demarcação em demarcatória simples e demarcatória qualificada.

Na demarcatória simples o vizinho pretende apenas a fixação de novos rumos e a aviventação dos rumos existentes.

Na demarcatória qualificada o vizinho está pretendendo, além da fixação de novos rumos e aviventação dos já existentes, a restituição de parte do seu imóvel que entende invadido ou a sensação da perturbação naquele local. Neste caso, pode cumular a ação demarcatória com a ação possessória ou com ação petitoria. Baseia-se no art. 1298 do novo código e art. 570 do código antigo.

Exercícios:

1) Pode-se usucapir o direito à passagem forçada?

R:

Passagem forçada não pode ser objeto de usucapião porque não é direito real. Abrindo-se uma outra passagem, permanecendo aquela, passa então a ser qualificada como servidão de passagem, direito real suscetível à usucapião.

2) O que é servidão por destinação do proprietário?

R:

3) Você, adquirente de imóvel, vivendo próximo a um bar que vende bebida, pode obter êxito em face desse estabelecimento, tendo em vista que os frequentadores fazem barulho e estacionam os automóveis irregularmente?

R:

O TJSP tem acórdão entendendo que os clientes que estão fora do estabelecimento são de alçada do poder público e não do comerciante.

4) Maria, por longos anos, mesmo tendo passagem de seu imóvel para a via pública, utiliza-se de caminho visível de propriedade vizinha, para alcançar o mesmo objetivo. Surpreendida pelo fechamento abrupto pelo do caminho tem direito ao restabelecimento da situação anterior?

R:

Súmula 415 do STF: cabe ação de manutenção de posse, pois é uma serventia de passagem não titulada, cabendo proteção possessória.

No entanto, não induzem em posse os atos de mera tolerância.

5) Alberto, titular de determinado imóvel, tem passagem deste para via pública, embora extremamente dificultosa. Diante disso, tem direito perante seus vizinhos a utilizar-se outra passagem?

R:

Uns dizem que não, pois passagem forçada é necessidade.

Outros (enunciado 88) entendem que passagem extremamente dificultosa não é passagem, cabendo o direito à outra passagem.

6) Sérgio, titular de imóvel urbano, constrói janela a menos de metro e meio do seu vizinho. Após ano e dia da indigitada construção, obtém Sérgio servidão de luz e vista sobre o imóvel prejudicado?

R:

7) Pedro, necessitando fazer obras no imóvel do seu vizinho Aurélio, tendo em vista que sob o mesmo estourou a tubulação de esgoto relacionada no imóvel do primeiro, encontra forte resistência deste último. Resolva o conflito.

R:

É o chamado direito ao auxílio mútuo (art. 1313, I, do CC). O proprietário é obrigado a tolerar a obra. É direito de vizinhança oneroso, pois tem o prejudicado direito ao ressarcimento.

13/01/04 39ª aula (última aula de direitos reais). Fita 1A

DA SERVIDÃO PREDIAL

Artigo 1378 a 1389 do novo código civil que substitui o artigo 695 e seguintes do código/16. Natureza jurídica. A servidão é direito real imobiliário limitado e de gozo sobre a coisa alheia que acarreta limitações, restrições ou encargos na utilização de um imóvel denominado imóvel serviente em benefício de outro imóvel denominado dominante. Imóveis que são vizinhos entre si, sem necessidade de serem contíguos. É essencial para existência do direito real de servidão que os prédios serviente e dominante tenham donos diferentes se

houver serventia entre prédios vizinhos. Com mesmo dono não há servidão predial e sim mero exercício do direito de propriedade. Exemplo: lote "A" e lote "B", e o proprietário é o Luiz Paulo. Desses dois imóveis o Luiz Paulo pode simplesmente não querer construir até certa altura para que tenha uma boa vista do seu imóvel, então de alguma maneira Luiz Paulo está restringindo o seu exercício do direito de propriedade. Só que você não pode falar em servidão aqui como direito real sobre coisa alheia. Esse prédio, um prédio dominante e este como prédio serviente simplesmente porque é o mesmo dono, então é sempre essencial o direito real de servidão a existência de donos diferentes. Já seria completamente diferente se Luiz Paulo fosse dono do lote "A", Marquinho fosse dono do lote "B" e nós fizessemos um contrato em que o Marquinho, ou então que o proprietário "B" se obrigasse a não construir, ou só construir até aqui ((até determinado ponto), por exemplo: para não prejudicar a vista. Levado esse contrato ao RGI vocês teriam o que? Direito real de servidão. O prédio dominante se beneficia e o prédio serviente que sofre uma restrição no seu uso. Normalmente no prédio serviente o que acontece em relação ao dono do prédio serviente é que ele se obriga o não fazer alguma coisa, ou tolerar alguma coisa. Qual o objetivo da servidão? Ela é uma necessidade? Esse é direito real menor, ius in re aliena? Qual seria o objetivo? Necessidade ou comodidade? Tem alguns autores que falam que servidão é uma necessidade. Para o professor Luiz Paulo é erro clássico.

A servidão predial com objetivo compensar as desigualdades naturais que existem entre prédios vizinhos, sendo não uma necessidade, pois aí seria caso de direito de vizinhança que alguns denominam de servidão legal, sendo uma comodidade para beneficiar o titular do prédio dominante. Quando ouvirem dizer a expressão servidão legal a doutrina esta se referindo aos direitos de vizinhança. O direito de vizinhança são restrições necessárias para evitar o prejuízo em relação ao sossego, a saúde, a segurança dos vizinhos. Servidão é uma comodidade. Normalmente um imóvel tem melhores desabuses que os outros. O que você faz se quiser obter uma passagem sobre terreno alheio? Você faz um contrato de servidão instituindo um direito real. Passa você ser titular do dominante e o vizinho o serviente. O que vai fazer com isso? Vai melhorar a utilização de seu imóvel. Uma comodidade para você. Vocês vão ver que a servidão pode ser instituída a título gratuito ou oneroso. Normalmente vai se instituir a título oneroso até porque vai haver uma restrição ao prédio serviente.

O titular da servidão é o proprietário do prédio dominante inclusive o proprietário resolúvel, bem como o enfiteuta já que o direito de enfiteuse é um direito real menor mais assemelhado ao direito de propriedade. Só as pessoas capazes que podem dispor livremente de seus bens, podem instituir servidões, já que a instituição de uma servidão especialmente por parte do proprietário serviente é um ato de alienação, uma transferência de direitos ou de faculdades reais.

Desse modo o incapaz como titular de prédio serviente só pode instituir servidão através de autorização judicial em procedimento fiscalizado pelo M.P. e com a intervenção do curador especial nos termos do 1691 § único e incisos, 1692, 1750, 1774 do novo código.

Explicação do professor: É aquele princípio de que mesmo que o incapaz tenha representante, mesmo que os pais estejam no exercício do poder familiar, mesmo que o menor tenha um tutor, quando você institui uma servidão é um ar de alienação parcial. Você está instituindo um direito real sobre a sua propriedade, especialmente quando você é proprietário serviente você vai ter que obter a autorização judicial dessa instituição. Por que? Pelo velho princípio do cód./16, regra protetiva de incapaz. Se estuda até em parte geral que diz: para se alienar bem imóvel de incapaz (para o professor isso é uma alienação parcial) é preciso autorização do juiz, fiscalização do M.P., intervenção do curador especial. CUIDADO ! com isso não supre o fato da pessoa ter representante legal, e nunca vai conseguir. Qual a vantagem que o incapaz vai ter em instituir no seu imóvel uma servidão? A não ser que seja uma alienação onerosa muito vantajosa em termos de dinheiro. Quer

construir uma servidão de passagem pelo terreno vizinho e o dono do terreno vizinho é um incapaz interditado. Você não pode fazer direto com escritura pública através de curador do incapaz. Tem que pedir autorização judicial, mas dependendo do preço que for pago o juiz pode se convencer, M.P. , o curador também que é mais vantajoso para o incapaz, aí ele vai autorizar a lavratura do imóvel do contrato de servidão.

A instituição da servidão normalmente é feita, artigo 1378 através de um ato inter vivos denominado contrato de servidão que deve ser feito por escritura pública nos termos do art. 108 do cód. Civil, e o direito real só vai nascer no momento que esse contrato for levado a registro no RGI como é a regra em relação aos dir. Reais imobiliários, art. 1227 do novo cód. É possível também a instituição de servidão por declaração unilateral causa mortis através de testamento, quando o testador titular do imóvel que será imóvel serviente institua servidão através de um legado de servidão, beneficiando um vizinho, porém nessa hipótese o direito só nascerá se o testamento for válido após a abertura da sucessão...Essa possibilidade de servidão por testamento está também no art. 1378 do novo código que é uma novidade. Não estava expresso no 695 do cód./16, mas sempre se admitiu legado de servidão. Então por exemplo: Luiz Paulo tem um imóvel e Fabiana é sua vizinha, e ela adora passar pelo terreno de Luiz Paulo. Um belo dia L. P. Faz um testamento, mas só pode realizar isso na parte disponível dizendo que: meu imóvel fica em Niterói etc. A partir da minha morte fica instituída uma servidão do imóvel vizinho que naquele momento pertence a Fabiana. Só que no caso quando o Luiz Paulo morrer aí será um ato gratuito quando morrer. O direito sucessório nasce no momento da morte pela saissina.

Aluna- aí se vender o imóvel...

*Professor- se vender o imóvel e eu não corrigir o testamento você vai beneficiar o prédio. Por tabela o titular da servidão é o proprietário do dominante, e o proprietário serviente é que tem restrições, mas você beneficia o prédio e não a pessoa propriamente dita... Você fez um testamento deixando para o vizinho tal ,por acaso é a Fabiana. Eu (L.P.) entendo que a não ser que fique provado que o testador tinha a intenção de criar essa servidão, só se você (Fabiana) sobrevivesse a mim (L.P.). Se colocar expressamente isso e de repente Fabiana vender o imóvel caduca a disposição testamentária, mas se não ficar claro está instituindo uma servidão de um prédio em favor do outro, mas como o prédio tem titulares temos o proprietário dominante e o titular da servidão. Sendo a instituição da servidão um ato de alienação chega-se a conclusão que os imóveis inalienáveis não podem ser objeto de servidão. Se o imóvel está em condomínio só é possível a constituição de uma servidão sobre ela com anuência de todos os condôminos, ressalvando-se que o usufrutuário, o senhorio direto na enfiteuse e os meros possuidores em geral não tem legitimidade para a criação de tal ônus ou gravame, tendo em vista a própria natureza de seus direitos. O que eu (L.P.) estou querendo dizer com isso? Você é condômino de determinado imóvel. Quer instituir uma servidão para receber algum dinheiro em favor do imóvel vizinho e não precisa ser contínuo. Basta ter uma relação de interdependência entre eles. É óbvio se você vai onerar esse imóvel terá que ter autorização de todos os condôminos, e vocês vão ver que a servidão é indivisível. Não dá para fazer sem autorização de todos. Você é usufrutuário. Pode instituir uma servidão? Porque o enfiteuta pode, embora ele não seja o dono. Por que ele pode? Por que a enfiteuta é muito parecida com a propriedade e o enfiteuta tem em mãos o uso, fruição e disposição. O usufrutuário não pode. É um direito menor. Não pode por que? O que usufrutuário só pode fazer em relação ao imóvel alheio? Só usar e fazer para **explicar** um bem. É um direito de natureza assistencial. Não pode ficar instituído servidão, sendo óbvio para o prof. Luiz Paulo, pela própria natureza do direito, o locatário, o comodatário, o possuidor em geral também não tem essa legitimidade. Quem tem é proprietário e enfiteuta, incluindo o proprietário resolúvel.*

Na instituição da enfiteuse através de contrato, se um instituidor for casado tratando-se de um ato de alienação e dependendo do regime de bens haverá necessidade de outorga uxória ou marital sob pena. Qual é a sanção pela falta de outorga uxória ou marital? Porque

servidão é prédio serviente. Esta instituindo um gravame em cima de seu prédio você não está alienando parcialmente um bem imóvel? O que o cód. Civil diz? Os atos de alienação de bens imóveis é preciso outorga uxória ou marital. Antigamente qualquer regime de bens, se fosse alienar um bem imóvel precisava de outorga uxória, qualquer um. Hoje em dia não é mais assim. Você tem artigos expressos sobre a matéria do regime da separação de bens por exemplo não é preciso... (Virar fita). O artigo 1687, isso é uma novidade. Tem que combinar com o 1647 (leitura dos artigos 1687 e 1647). O prof. Fez a leitura dos artigos. E o art. 1647 o que diz? Ressalvado o disposto no art. 1648 que é o suprimento judicial da negativa de outorga uxória ou marital.. então pessoal está muito mal redigido. Vocês tem que olhar os dois artigos juntos e se eu fosse examinador do concurso só perguntaria novidade, e isso é uma novidade. O que significa regime da separação absoluta? Na opinião de Luiz Paulo regime absoluto é o regime da separação convencional e passa a ser absoluta com o novo código sempre, mas foi explicado em família que existem autores que dizem é separação de bens, é convencional ou é uma separação legal de bens, não interessa qualquer desses regimes, não precisa de outorga uxória na hora de alienar um bem imóvel. Quem vai decidir que são os dois tipos de regime ou um tipo de regime só é a jurisprudência. Com a combinação dos dois artigos Luiz Paulo entende que se você vai se separar convencionalmente, fazer um pacto, você pode alienar livremente os bens imóveis sem outorga uxória, 1647, inciso I c/c 1687, mas o pessoal do IBBFAM acham que é qualquer regime de separação de bens absoluta, legal ou convencional. E se o pacto determina você pode ter livre disposição de bens no regime da comunhão parcial, que é uma outra novidade do código novo(regime da comunhão parcial), 1665. Ora, alienar é ato de disposição, então pelo 1665 dá para entender. Os autores tangenciam isso, nem tocam no assunto, tem medo de falar e se você casar pelo regime da comunhão parcial, regime legal, você pode até fazer um pacto e dizer, " olha nos termos do art. 1665 eu estou fazendo um pacto só para dizer que qualquer um de nós pode alienar livremente bens imóveis do seu patrimônio sem autorização do outro." No regime de comunhão parcial se houver um pacto para ser feito é possível. Você dispensa da outorga uxória e o regime da participação final dos aquestos. Também tem um artigo sobre isso. Do regime da participação final dos aquestos dos bens que não vão entrar naquele acerto final desse regime não é preciso autorização do outro, art. 1656, que para o professor Luiz Paulo ninguém vai adotar isso em regime. O que significa isso? Você casa pelo regime pela participação final dos aquestos que é o regime legal da Alemanha que não vai colar no Brasil para o professor. Que é aquele regime do direito de família: " todos os bens adquiridos na constância do casamento por qualquer dos cônjuges são particulares a título oneroso." No final você faz um acerto de contas. Você vê quem levou mais e paga a diferença ou em dinheiro ou em imóvel... é o regime de acerto, ou seja, eu caso com você e tudo que eu adquiri a título oneroso é particular, só meu, não se comunica, regime da separação. Quando a gente encerrar a nossa sociedade conjugal ou pela morte ou pelo divórcio, ou pela separação etc. Aí o que vai acontecer? Você vai fazer uma conta para acertar, você comprou três apartamentos que valem 300 mil e outro comprou a 200. Você diminui sobram 100, dos 100 divide sobra 50, dos 50 acerta para o outro. É um regime de solidariedade. Só que pode nesse regime dar muita confusão. Se você escolher tem de fazer um pacto, nesse pacto você pode dispor que os bens imóveis de qualquer um deles, desde que não entre na conta final possam ser alienados. Repito, você vai fazer um contrato de servidão. Primeiro, se o bem for inalienável não pode fazer servidão que é um ato de inalienação, segundo não é qualquer pessoa que pode. O incapaz se constituir prédio serviente tem que pedir autorização judicial e hoje em alguns regime de bens, principalmente se houver convenção não precisa da outorga do outro para fazer essa alienação. Qual é a pena se existir alguma quando você aliena um bem imóvel e tinha que ter outorga uxória ou marital e não teve, nem obteve o suprimento judicial da negativa de consentimento se ela foi injusta? Nulidade ou anulabilidade? Antigamente tinha forte controvérsia, uns diziam que era caso de nulidade porque falta de solenidade essencial, art. 145 e seria nulo o ato. O

Laerson Mauro defendia isso. O Salvo de Figueiredo dizia que não, porque essa outorga poderia ser dada posteriormente, então poderia ser ratificada. Era caso de anulabilidade, 1649. A importância disso é se o ato for anulável sempre tem um prazo de decadência acompanhando. Se for nulo em princípio não tem prazo. É a discussão que vai voltar em parte geral, já que pelo 169 pode atacar o ato a qualquer momento e Luiz Paulo não concorda com isso e vários também não concordam com isso. Para o professor é um retorno ao direito romano dizer que o ato nulo não convalesce pelo decurso do tempo, mas está expresso, porque Moreira Alves colocou isso, embora seja absurdo para o mestre. Cuidado! Na prova do M.P. Leoni entende como Luiz Paulo que deve ter uma limitação do tempo. Antigamente nas nulidades patrimoniais usava o art. 177 e diziam que o prazo extintivo seria 20 anos. Hoje Luiz Paulo acha que pode usar o 205 e dizer que o prazo extintivo é de 10 anos, mas isso é interpretação contra legem. O mestre acredita que os tribunais continuem dizendo se a nulidade for patrimonial e não nulidade do direito de família se aplicaria por analogia o 205. Seria 10 anos e para o L.P. vão ignorar o 169, aí seriam duas correntes. A servidão como um direito real, sendo uma mera comodidade, ou mera utilidade para o prédio dominante não pode ser confundida com o direito de vizinhança que além de não serem direitos reais são obrigações propter rem. Representam sempre uma necessidade e não uma comodidade. A servidão como um direito real não se confunde por exemplo com outro direito real menor, ou seja, o usufruto que tem caráter personalíssimo e temporário, ao contrário da servidão que é considerado um direito de duração indefinida, pois representa um modo de utilização perene, uma utilidade continuada e duradoura. Explicação do professor: Vocês reparem, o usufruto não é igual a servidão porque no usufruto a pessoa pode usar e fruir do imóvel? De maneira nenhuma. Tem outra diferença que ainda não falei. O usufruto, o objeto do usufruto pode incidir sobre bem móvel ou imóvel. Tem usufruto até de direitos, créditos, como direito real sobre bens incorpóreos, servidão não. Servidão é um direito real imobiliário só para imóvel. Então já tem uma diferença grande. Uma outra diferença importante é qual a finalidade do usufruto como direito real? Tem um caráter assistencial. Permitir que você use ou possa frutificar o bem alheio. Servidão não tem essa característica e mais, todo usufruto é temporário. Como se distingue usufruto? Normalmente pela morte. A servidão alguns chamam de direito perpétuo. Não é que seja perpétuo como diz o Caio Mário que é um direito de duração indefinida porque ela agrava imóveis, então ela não tem prazo, não pode estipular um prazo para servidão, ao contrário do usufruto. O usufruto se extingue porque é personalíssimo. Com a morte, ou termo, ou usufruto sobre condição. O que não ocorre com a servidão que grava imóvel. Usufruto favorece pessoa, servidão favorece imóvel.

Obs: Quando num contrato de servidão se estabelece um prazo para a existência do direito, ou uma condição resolutiva, mesmo que esse contrato seja registrado no RGI, a doutrina majoritária afirma o que haveria seria uma mera relação obrigacional em que um proprietário permite o outro o exercício de uma serventia no seu imóvel, tendo em vista que o direito de servidão com característica real tem duração indefinida e não pode sofrer limitação temporal. Do mesmo modo é possível a existência de uma mera serventia quando o contrato de servidão não é registrado no RGI, ou quando os proprietários vizinhos não tem a intenção de constituírem um direito real. Por vezes não haverá mera relação obrigacional, como na hipótese em que um proprietário por mera permissão ou tolerância permita ao proprietário vizinho a utilização de uma serventia sobre seu imóvel, artigo 1208, 1ª parte. Explicação do professor: O que eu quero dizer é o seguinte: eu delimito, permito e faço contrato com escritura pública a título oneroso com Marquinho dizendo que ele pode se utilizar de uma passagem sobre meu (L.P.) bem imóvel. Só que nós colocamos uma data. Ao colocarmos uma data isso fere a essência da servidão como um direito real, ou nós colocamos uma condição quando ele passar no concurso para juiz federal o contrato está extinto. Nesse caso, mesmo que a gente leve para o registro de imóveis e o oficial registre, isso não é direito real de servidão, isso é uma relação meramente obrigacional. Qual é a diferença? Enorme. Se for

direito de servidão , se eu impeço que ele se utilize ele tem ação possessória, ele tem as ações referentes ao exercício da seqüela do direito real, mas se for uma mera relação obrigacional ele só vai ter uma ação cominatória para que eu pague uma multa diária para ele entrar lá e pode até ser transformada em perdas e danos. Você limitou no tempo uma servidão,não é direito real. É o entendimento majoritário dos autores. Porém no livro de Laércio Mauro, por exemplo, ele quando comenta os modos de extinção da servidão diz: “que a servidão se extingue pelo seu termo final ou pela ocorrência da condição”. Para o professor L.P. não é verdade. A serventia se extingue mas relação obrigacional não se extingue porque se houver termo ou condição não é direito real, mesmo registrado. O que seria esse tipo de contrato?O contrato de servidão pode ser instituído a título gratuito ou oneroso. Sendo oneroso, ou seja, com contra prestação, se hover limitação no tempo no exercício da serventia não é direito real e será considerado um contrato de arrendamento.Como eu posso criar serventia? Meramente obrigacional e posso ter preenchido as características legais, o contato e o direito real de servidão.

Características das servidões

1ª característica- contém obrigatoriamente uma utilidade continuada ou duradoura e não comporta exercício eventual. Se você fizer um contrato com alguém, com seu vizinho num período de seca que você permita que ele vá a sua fonte tirar água isso é servidão de direito real? Para o Luiz Paulo não é mas meramente temporária.

2ª característica- a servidão como direito real é sempre predial. Só ocorre entre prédios vizinhos.É um direito acessório, pois depende da existência do direito de propriedade. Assim se alguém aliena um prédio dominante o adquirente recebe dois direitos, a propriedade e a servidão. Se alguém aliena o prédio serviente, o adquirente recebe a propriedade e o ônus da servidão.

3ª característica- o direito de servidão é indivisível, artigo 1386. Indivisibilidade legal, ou seja, em caso de dividão de um prédio serviente entre condôminos, a servidão continua una. Não se repartindo em cotas ideais ou concretas. Se o prédio dominante for dividido e a servidão beneficiar apenas uns dos quinhões, somente esse quinhão ficará beneficiado sem direito a indenização ou compensação aos demais quinhões. (Fita 2A).

4ª característica- a servidão é dotada de voluntariedade, pois se institui principalmente através de convenção e ela não se presume, artigo 696 do cód./16, já que ela é uma limitação a propriedade alheia. Se alguém afirma pelo direito de servidão sobre o imóvel alheio tem que comprovar esse direito através da ação confessória de servidão ou até da ação de usucapião.O que eu quero dizer é o seguinte: você não pode presumir a existência de uma servidão, até porque o art. 1231 (leitura), aí se você acha que tem direito real de se servir do prédio vizinho, seu prédio tem essa característica, você vai ter que propor uma ação, e o nome dessa ação de reconhecer a existência de uma servidão é uma ação petitória, tutela um direito real chama-se ação confessória de servidão.Como já vimos pode-se adquirir servidão através de (da) usucapião. Contudo nenhum carente consegue servidão através de contrato de servidão na Defensoria.Ele vai ter que obter um usucapião de servidão aparente e descontínua, uma regra universal do direito.

5ª característica- a servidão como um direito real pressupõe sempre a existência de dois imóveis pertencentes a donos diferentes e quanto aos modos de instituição, além do contrato de servidão levado ao RGI, e a servidão levada ao RGI e a servidão instituída por testamento a própria lei permite a usucapião de servidão desde que ela seja aparente e considerada no caso concreto contínua, seja a usucapião extraordinária de servidão, seja a usucapião ordinária nos prazos respectivamente de 20 (vinte) anos e 10(dez) anos, artigo 1379 § único. Porque só pode ocorrer usucapião de servidão aparente? A súmula fala de proteção possessória, súmula 415. Observação importante do Carlos Alberto Gonçalves, mas lendo o art. 1379, antigo 698, aí porque a lei só permite servidão aparente?porque só a servidão

aparente induz posse. Só há posse de servidão aparente. Tem a ver com a súmula 415. É um exemplo da servidão de passagem marcada por murões, contões, cercas, sucos no solo, verificando que ali há uma serventia de passagem. Se ficar passando por ali 20 (vinte) anos sem justo título e boa-fé, mansa, pacífica e continuamente, e numa servidão aparente não titulada aquilo se transforma em direito real de servidão, mas você tem que obter o reconhecimento através da ação declaratória de usucapião porque se aí é aparente existe posse. Podendo vislumbrar o exercício da passagem. Agora se tiver passando pelo terreno do sujeito 40 (quarenta) anos e não tem um caminho visível não adianta entrar com ação de usucapião porque não é aparente, não induz posse e a posse é um pressuposto para o usucapião sempre. Sem posse prolongada com determinadas características não há aquisição da propriedade por usucapião.

Outros modos de aquisição de servidão

Também se adquire servidão por sentença judicial, o que ocorre por exemplo, artigo 979 do CPC quando na ação divisória o perito esclarece ao juiz a necessidade da instituição de uma servidão em detrimento de uma das partes, ou quinhões em benefício de outra para resguardar a equidade da partilha. Isso seria uma servidão judicial, servidão através de sentença judicial. Os condôminos estão brigando e resolvem entrar com o procedimento de extinção de condomínio. Exemplo: “A”, “B”, “C”. O imóvel era um só e dividiu por três. O perito diz que o imóvel fica muito desvalorizado se se não estabelecer uma servidão de passagem aqui para equilibrar o valor, porque tem passagem, mas a passagem é muito estreita, por exemplo, é um exemplo de instituição de servidão por sentença.

Outro modo de instituição de servidão que é servidão com destinação do proprietário. Que não está na lei, mas está no projeto 6960. Não está na lei antiga nem na lei nova mas está no projeto.

5ª modo. Outro modo doutrinário de instituição da servidão. É aquilo que o Clóvis Bevilacqua e Carvalho dos Santos chamam de servidão por destinação do proprietário que não está na lei, porém estará incluída no novo código do § 1º do art. 1379 e no inciso IV do art. 1378 se aprovado o texto do projeto 6960/02. Esse tipo de servidão ocorre quando o proprietário de dois prédios vizinhos institui uma serventia de um sobre o outro. Explicação do professor: até aí não tem servidão nenhuma porque é um proprietário só. Aliena um de tais prédios sem que haja cláusula expressa, cessando a utilização da serventia e o silêncio no contrato faz com que nasça em favor do imóvel adquirido o direito real de servidão desde que esta seja aparente. Podendo ocorrer também quando essa hipótese resultar de desmembramento de um imóvel único. Agora com proprietários diferentes com serventia anterior sem disposição em contrário. A hipótese aqui é a seguinte: os confinantes tem dois imóveis, “A” e “B”, e o dono é o L.P. Aqui é uma servidão de passagem etc. Estabeleceu uma serventia entre dois imóveis que são meus (do L.P.). Não há direito real de servidão porque é o mesmo dono. Só que L.P. vende o imóvel “A” para Bianca, e o “A” seria o dominante, e para que eu possa ter o direito real de servidão e ficar passando por aqui tem que haver uma cláusula expressa em contrato. Se não houver cláusula expressa nasce automaticamente, independentemente da vontade das partes, chamada servidão por destinação das partes, chamada servidão por destinação do antigo proprietário, ou seja, tem que tomar um cuidado enorme. Isso é modo de constiuição de servidão aparente, e isso agora está expesso.

Obs: o professor Carlos Alberto Gonçalves defende que na aplicação da súmula 415 do STF aí haveria a instituição do direito real de servidão, ou seja, havendo servidão de trânsito, ou seja, uma servidão de trânsito não titulada juridicamente, porém tornada permanente pela natureza das obras realizadas, ou seja, aparente através de sulco no solo, cercas, porteiras, murões. Confere-se o direito a proteção possessória e para ele além disso nasce o direito de servidão. Vocês concordam com isso? Porque aqui tem prazo. Essa súmula não fala de

prazo. Fala que se está passando por um terreno alheio, um caminho visível, por muito tempo eu (L.P.) sou o dono do terreno alheio e um dia fecho. O que você faz? Entra com ação de manutenção. O professor Carlos Alberto chega a dizer no seu livro Sinopse Jurídica. Ele fala em parte geral e direito das sucessões. Algumas coisas erradas, na opinião de L.P., mas é bem útil. O prof. Carlos Alberto diz o seguinte: se você aplicar essa súmula do supremo não tem proteção possessória mas também a própria servidão do direito real. O Luiz Paulo não acha correta essa conclusão, não acha base para isso, até porque você pode estar usando essa serventia durante três anos. É instituído um direito real de servidão e você vai entrar com ação confessoria para o juiz declarar que você é titular da servidão? Luiz Paulo acha que é muito difícil, mas tem opinião doutrinária, contudo é bom para quem está passando essa situação (pode ser usada até em juízo a opinião do Carlos Alberto Gonçalves).

Classificação das servidões

A servidão se classifica em primeiro lugar pelo modo em que se relevam em aparente, ou seja, aquelas que apresentam sinais exteriores e materiais da sua existência, como por exemplo servidão de aqueduto, servidão de travejar na parede do vizinho (**travejar é colocar trago, apoiar na parede do prédio vizinho**), servidão de esgoto desde que sobre o solo, servidão de trânsito com caminhos e sinais visíveis etc. Só as servidões aparentes induzem posse.

Servidão não aparente são aquelas que não contém sinais materiais de existência como por exemplo servidão de luz e as servidões negativas em geral, como de não construir até certa altura.

Quanto ao modo de exercício as servidões podem ser contínuas e descontínuas. Contínua é aquela que não necessita de ato do titular do prédio dominante para que ela cumpra sua finalidade como por exemplo servidão de esgoto, aqueduto. Servidão descontínua é aquela que somente é exercitada através de atos do seu titular como por exemplo servidão de retirar água do prédio alheio, colher flores ou frutos no prédio vizinho, servidão de pastagem etc. Na classificação tem outros tipos de servidão. Servidão urbana (aquela servidão típica das cidades), não construir, servidão rural, de pastagem. Podem ser instituídas uns 100 números de servidão e haverá direito real desde que preenchidos suas características de que o exercício da servidão é encarado restritivamente, ou seja, o proprietário dominante não pode extrapolar em relação a finalidade do título, já que extrapolando agravaria ainda mais o ônus do prédio serviente, art. 1385 § 2º e 3º. A título de exemplo, servidão de aqueduto. Pode haver servidão de aqueduto como direito de vizinhança. Quando a pessoa não tem água, aí nós já vimos isso, mas pode haver um contrato por servidão de aqueduto. Transportar água de um terreno, passando pelo terreno do vizinho. A servidão de aqueduto é aparente ou não aparente? precisa fazer alguma coisa para a água passar? Não. É aparente. Contínua ou descontínua? contínua. Servidão de luz ou iluminação é não aparente e contínua...servidão de trânsito depende da natureza das obras realizadas. Se tiver caminho visível é aparente, se não tiver caminho nenhum visível é não aparente. Servidão de trânsito é contínua ou descontínua? Em princípio seria descontínua, porque só pode exercitar se você realizar um ato. Exemplo: passar pelo terreno do Marquinho há uma servidão aparente estabelecida. Uma servidão aparente. Eu Não vou ter que passar por lá? Se for conduzir um boi, um gado para passar no terreno dele vai ter que dar uma ordem para meus empregados, então em princípio às servidões de trânsito seriam descontínuas, mas isso criaria um problema para usucapião. Tem que passar num caminho visível no terreno do vizinho há 30 anos. O que o advogado do inquilino dizia? “A doutrina diz que só servidão aparente é contínua, geram usucapião”, por isso o supremo criou essa súmula 415 para dizer o seguinte: se você torna uma serventia não aparente em serventia aparente você transmuda a descontinuidade em continuidade porque ela é visível, o caminho é visível. A impressão é que tem sempre alguém passando por ali. Então em princípio seria descontínua. Se aplicasse a súmula 415 para efeito de usucapião não havia uma servidão aparente e contínua. Servidão de esgoto é

aparente ou não aparente? Depende. Se for por debaixo do solo é não aparente. Contínua ou descontínua? Contínua. Servidão de pastagem é aparente ou não aparente? Você olha um boi pastando no teu terreno, no terreno alheio, você vai dizer que existe uma servidão alheia? Não. Existe uma servidão ali? Servidão de pastagem é não aparente e descontínua. Caçar na propriedade vizinha, colher flores na propriedade vizinha é não aparente, descontínua. Tem que realizar uma ação para retirar flores etc. Servidão de não edificar, eu combino com você que é meu vizinho que não pode construir porque vai atrapalhar minha vista por exemplo. É aparente ou não aparente? Servidão de não edificar é não aparente, contínua. Não edifica até certa altura.

Extinção das servidões, art. 1387 a 1389. As servidões podem extinguir-se seja pelas causas específicas mencionadas nestes artigos, ou por causas genéricas, o que ocorre por exemplo quando de algum modo perece o imóvel sujeito a servidão. Em relação as causas específicas e modo de extinção das servidões a desapropriação, renúncia expressa do proprietário dominante, o resgate da servidão através de pagamento em dinheiro pelo proprietário do prédio dominante, o resgate da servidão através de pagamento em dinheiro pelo proprietário do prédio serviente desde que haja acordo para esse resgate, 1388, inciso III (LEITURA DO ARTIGO). Cuidado com isso aqui! Vocês quando lêem vão ver que uns dos modos de acabar com o direito real de enfiteuse, e a própria lei admite é modo unilateral de resgate. A lei diz que você paga 10 foros anuais e 1 laudêmio, você é titular do domínio útil. Você não é dono do imóvel, mas você pode pagar, resgatar para extinguir a servidão e se tornar dono, aí tem um modo de resgate previsto no código anterior que vocês vão continuar utilizando que é pagar 10(dez) foros anuais e o laudêmio, só que quando o legislador diz que você extingue uma servidão através de resgate, ou seja, o proprietário dominante entra em acordo com o proprietário do vizinho serviente, estipula um preço e aí há um pagamento. Esse resgate aqui ao contrário da enfiteuse é um resgate bilateral. O resgate da enfiteuse é um resgate unilateral. Também a título de exemplo na hipótese de cancelamento da servidão promovida judicialmente o artigo 710, III do cc/16 diz que a servidão se extingue pelo não uso durante 10(dez) anos contínuos. Se você é proprietário dominante e tem um serviente... essa extinção das servidão pelo não uso durante 10 (dez) anos contínuos qual é a natureza jurídica desse prazo? Mas eu (L.P.) quero a minha resposta. Não quero a resposta dos livros. Não usa a servidão que tem como direito real 10 anos, registrado o terreno do vizinho. Extingue-se a servidão. Os prazos em direito são prazos extintivos (ou são prazos de extinção ou decadência). Se são prazos de prescrição é prescrição extintiva ou aquisitiva. Leoni acha que só há prescrição extintiva e não aquisitiva porque há pena de usucapião. A doutrina diz o que? A doutrina diz que é prescrição extintiva. Caio Mario, Laércio Mauro são prazos de prescrição extintiva. Para Luiz Paulo está completamente errado porque a prescrição é a perda de pretensão, porém o direito subsiste. Contudo na teoria mais moderna, Capanema, L.P., Tepedino. Quando você fica inerte durante algum tempo e não exercita o seu direito, você perde apenas sua pretensão. Isso aqui é perda do direito. Se você for adepto a teoria do Caio Mario que diz : a prescrição extintiva é a perda do direito, esse raciocínio está correto porque ele diz o seguinte: ocorreu a prescrição extintiva pelo não uso. Perdeu-se o direito real de servidão. Dentro da cabeça dele está correto mas dentro da doutrina moderna inteira, Leoni, Tepedino etc. Isso não pode ser verdadeiro porque você perde o direito, o que não ocorre na prescrição extintiva. O que perde apenas é a pretensão, a exigibilidade do seu direito. Então na opinião do L.P. (não tem em livro nenhum) esse prazo aqui é decadencial, mas na prova dizer: a natureza desse prazo para a maioria dos autores não é usucapião, porque quando é usucapião o legislador pode ofender expressamente se ele preencher a posse e todos os requisitos legais, então para Caio Mario é prescrição extintiva. Para ele é perfeito porque entende que a prescrição é um fenômeno da perda do direito subjetivo, mas modernamente não estão raciocinando, porém repetindo o Caio Mario nos livros. No novo código quando é prescrição extintiva está no art. 206, então esse prazo aqui para Luiz Paulo até por eliminação teria que ser decadencial e pela regra juridicamente moderna também

porque senão usar sua servidão por 10(dez) anos você perde o próprio direito real. O que é a decadência? É a perda de um direito, mas há um problema técnico para afirmar que o prazo é decadencial. Decadencial seria a perda de um direito potestativo, então no fundo não vai ter solução. A solução para uma prova é falar: qual a natureza jurídica desse prazo? Para o professor Caio Mario é prazo de prescrição extintiva, tendo em vista que ele defende que na prescrição extintiva há perda do próprio direito. Não adianta usar a decadência como eu (isto é, Luiz Paulo) acho porque a decadência é reservada apenas para direitos subjetivos, assim na realidade é um prazo sui generis.

Fim do Módulo.