



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

**A USUCAPIÃO COMO UM DOS MODOS DE AQUISIÇÃO DA
PROPRIEDADE**

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre em Direito

Autora: Sônia Patel

Orientador: Professor Doutor António Alfredo Mendes

Número do aluno: 30011549

Março de 2024

Lisboa

SÔNIA PATEL
Matrícula: 30011549

**A USUCAPIÃO COMO UMA DAS FORMAS DE OBTENÇÃO DA
PROPRIEDADE**

Dissertação apresentada como exigência
parcial para obtenção do Grau de Mestre
em Direito, Especialidade em Ciências
Jurídicas da Universidade Autónoma de
Lisboa *Luís de Camões*.

Orientador: Prof. Dr. António Alfredo
Mendes

Março de 2024
Lisboa

TERMO DE APROVAÇÃO

A Dissertação intitulada **A USUCAPIÃO COMO UMA DAS FORMAS DE OBTENÇÃO DA PROPRIEDADE**, apresentada por Sônia Patel, parcial para obtenção do Grau de Mestre em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas, à Banca Examinadora da Universidade Autónoma de Lisboa *Luís de Camões*, Departamento de Direito, obteve nota _____, para aprovação.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. António Alfredo Mendes

ORIENTADOR

NOME DA CONVIDADA (INSTITUIÇÃO)

CONVIDADA

NOME DO CONVIDADO (INSTITUIÇÃO)

CONVIDADO

DEDICATÓRIA

Ofereço esse trabalho a Deus, autor da minha vida e destino.

Aos que sempre estiveram comigo ao longo da vida: meus pais, filhos, irmão e o orientador dessa escrita, que não mediram esforços nesse apoio.

RESUMO

A presente Dissertação de Mestrado tem como fundamento o estudo do tema da usucapião como uma das maneiras de aquisição da propriedade. Especialmente, a usucapião extrajudicial, que a legislação portuguesa, desde a Lei Hipotecária de 1863, em razão da ausência e deficiência de documentos relacionados à aquisição imobiliária fomentou na introdução dos mecanismos de suplementação. Já o Brasil, seguindo tendência de alguns países da Europa Ocidental, vem empenhando na efetivação de meios alternativos de acesso à jurisdição, primordialmente em razão do colapso do sistema judiciário. A usucapião extrajudicial trata-se da maneira mais célere de regularização da propriedade. Com a vigência do CPC de 2015, a usucapião extrajudicial passou a ser admitida para toda e qualquer espécie de usucapião. A razão da escolha do tema funda-se na sua importância e constância ao longo do tempo. A usucapião é a posse realizada, sendo um instrumento relevante no processo de regularização dominial de ocupantes de áreas. A posse é a realização fática de alguns poderes do domínio, ou seja, usar, gozar ou fruir. Atualmente, a usucapião já não é usual, mostra-se de difícil aplicação na “sociedade da informação”, do *anonimato*, da globalização, da urgência, da contratação eletrônica e da *internet*, cujos objetivos, procedimentos e entendimentos são diferentes daqueles que prevaleceram no século passado. No entanto, não há como negar, ainda, atualmente, a extrema relevância do tema para o cotidiano da sociedade no seu todo. O objetivo deste trabalho é investigar de maneira profunda sobre a usucapião nos seus variados aspectos e modelos.

Palavras-chave: Posse. Propriedade. Usucapião. Usucapião Extrajudicial.

ABSTRACT

This master's thesis is based on the study of usucaption as one of the ways of acquiring property. In particular, extrajudicial usucaption, which Portuguese legislation, since the Mortgage Law of 1863, due to the absence and deficiency of documents related to property acquisition, has encouraged the introduction of supplementary mechanisms. Brazil, on the other hand, following the trend of some Western European countries, has been endeavouring to implement alternative means of access to the courts, primarily due to the collapse of the judicial system. Extrajudicial usucaption is a faster way of regularising property ownership. With the enactment of the CPC of 2015, extrajudicial usucaption is now permitted for any and all types of usucaption. The reason for choosing this topic is based on its importance and constancy over time. Usucaption is the realization of possession, and is a relevant instrument in the process of regularizing the ownership of occupants of areas. Possession is the practical realization of some of the powers of ownership, i.e. to use, enjoy or make use of. Nowadays, usucaption is no longer very common, it is difficult to apply in the "information society", of anonymity, globalization, urgency, electronic contracting and the internet, whose objectives, procedures and understandings are different from those that prevailed in the last century. However, there is still no denying, the extreme relevance of the issue the daily life of society in general. The aim of this work is to investigate usucaption in depth in its various aspects and models.

Keywords: Possession. Property. Usucaption. Extrajudicial usucaption.

ÍNDICE

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	9
INTRODUÇÃO	10
1. A PROPRIEDADE DE BENS.....	14
1.1. Breve Evolução Histórica.....	14
1.2. A Concepção Constitucional e a Concepção Juscivilista de Propriedade.....	16
1.3. A Limitação da Propriedade pela Função Social. O Abuso de Direito	19
1.4. Formas de Aquisição da Propriedade.....	23
1.4.1. Da aquisição originária.....	23
1.4.2. Aquisição derivada	24
1.5. As Formas de Aquisição Específicas da Propriedade no Direito Português.....	28
1.5.1. Das acessões naturais e artificiais	28
1.5.2. A acessão. Noção legal e requisitos da figura	29
1.5.3. A acessão natural.....	32
1.5.4. Acessão industrial mobiliária	35
1.5.5. Acessão industrial imobiliária.....	37
1.6. Ocupação.....	38
1.7. O Achamento e a Aquisição de Tesouro	39
1.8. Aquisição da Propriedade Móvel no Brasil.....	40
2. A POSSE	42
2.1. As Coordenadas Gerais da Posse	42
2.2. Noção de Posse.....	44
2.3. Natureza Jurídica.....	46
2.4. Posse e Detenção	48
2.5. A Autonomia da Posse	51
2.6. Classificações da Posse	52
2.7. Teorias Justificadoras da Posse. A Teoria da Função Social da Posse	60
3. O INSTITUTO DA USUCAPIÃO	65
3.1. Origens Históricas da Usucapião	65
3.2. Noção Legal da Usucapião.....	67
3.3. Requisitos Gerais para a Usucapião no Direito Português.....	70
3.3.1. A posse boa para usucapião	71
3.3.2. O decurso do prazo legal da posse	73
3.3.3. Duração da posse e acessão da posse	76
3.3.4. Invocação da usucapião pelo possuidor	78

3.4. Espécies de Usucapião	80
3.5. Espécies de Usucapião de Bens Imóveis na Legislação Brasileira.....	81
3.5.1. Usucapião extraordinária comum.....	81
3.5.2. Usucapião de posse-trabalho	82
3.5.3. Usucapião ordinária.....	82
3.5.4. Usucapião <i>secundum tabulas</i>	84
3.5.5 Usucapião especial rural ou constitucional	84
3.5.6. Usucapião indígena	86
3.5.7. Usucapião especial urbana ou <i>pro-misero</i>	87
3.5.8 Usucapião coletiva	88
3.5.9. Usucapião familiar, conjugal ou por abandono do lar	89
3.6. Da Usucapião Extrajudicial.....	91
3.7. Da Usucapião Extrajudicial em Portugal	91
3.7.1. Justificações no Direito atual: justificação notarial, processo de justificação	94
3.7.2. O processo de justificação a correr nos serviços de registro predial com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei 116, de 4 de julho de 2018	95
3.7.3. O legitimado a invocar a usucapião pode fazê-lo, de forma expressa ou tácita, no âmbito da justificação para fins de registro?	99
3.8. Da Usucapião Extrajudicial no Brasil	100
CONCLUSÃO	104
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	107

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. –	Acórdão
Al. –	alínea
Art. –	artigo
Arts. –	artigos
C. Not. –	Código do Notariado
CPC –	Código de Processo Civil
CR Predial –	Código de Registro Predial
CRP –	Constituição da República Portuguesa
CCP–	Código Civil português
CCB –	Código Civil brasileiro
DL –	Decreto-Lei
Nº -	número
Ob. Cit. –	obra citada
P. –	página/páginas
Proc. –	processo
STJ –	Supremo Tribunal de Justiça

INTRODUÇÃO

A propriedade sempre foi um dos direitos mais desejados pela humanidade. Ela pode ser tida como uma causa de paz na sociedade ou o componente causador de conflitos de classes. Uma das maneiras de obtenção do direito de propriedade traduz-se na usucapião. Esta que é uma faculdade da época romana e consiste na maneira voluntária de adquirir direitos reais sobre uma posse com determinadas características e mantidas pelos prazos estabelecidos na lei.

No primeiro capítulo deste trabalho, afere-se a aquisição da propriedade de bens, analisa-se a caracterização de seus limites, dos direitos e obrigações resultantes de seu exercício que acompanharam os detentores de poder. A propriedade é um dos direitos mais longevos da história.

Indaga-se o porquê da propriedade ser tão importante para o Direito. Ela que é o primeiro dos direitos reais de gozo. É usual conceituá-la como direito real absoluto, sem dúvida o mais significativo, quer no sentido de ser o direito real com maior extensão.

A delimitação do tema do presente trabalho está delineada nas formas específicas de se adquirir a propriedade tanto no direito brasileiro como no português, expondo a classificação entre os bens imóveis e também móveis, suas espécies e definições, com relevo na usucapião como maneira de se adquirir a propriedade de bens imóveis, mormente na usucapião extrajudicial, traçando um paralelo entre a principiologia da usucapião existente nos dois países.

Salienta-se que o Código Civil brasileiro, ao abordar as diversas maneiras de aquisição, deixa clara a distinção entre a propriedade móvel e imóvel, atribuindo tratamento diferenciado entre as duas formas, acentuando ainda formas diferenciadas de aquisição para cada categoria de bem.

Por sua vez, o Código Civil português, no artigo 1302.º, refere que as coisas corpóreas, móveis ou imóveis, podem ser objeto do direito de propriedade, sem distinguir entre móveis e imóveis.

Toda a organização dos códigos civis do sistema romano-germânico atribui primazia e segurança jurídica mais profunda aos bens imóveis, ressaltando que no imóvel está o fundamento do patrimônio. Na Idade Média, ser proprietário da terra significava poder e soberania. Nas codificações atuais essa noção ainda se faz presente.

No entanto, nos tempos atuais os bens móveis, devido ao fenômeno resultado do consumismo e industrialização, passaram a ter nova importância e dimensão. Amplia a significância dos bens de consumo, primordiais para a subsistência do homem moderno, cada

vez mais descartáveis e transitórios. Entretanto, ainda se encontra no imóvel a maior força da soberania dos povos e das relações entre os particulares. Contudo, com relação aos bens móveis, está destinado o papel da dinâmica coletiva e circulação do capital.

Tendo em vista a evolução da sociedade, deixa de ter relevo a maioria das formas de aquisição de bens móveis definidas nos códigos. Salienta-se, no entanto, que a forma mais importante de aquisição de bens móveis é, sem dúvida, a tradição.

Como se percebe, Brasil e Portugal consideram relevante atribuir distinção entre aquisição originária, na qual ela é desligada de qualquer associação com o titular antecedente, onde não há relevância jurídica na figura do antecessor; e derivada, quando existe a translatividade, de maneira que a propriedade será recebida com todos os gravames e características que possuía anteriormente, sendo que a coisa passa ao adquirente com as qualidades que tinha anteriormente, tanto os defeitos como as virtudes.

No segundo capítulo o trabalho perpassa pelo estudo da posse. Perquire-se o porquê do seu estudo especificado. Através dela, independentemente da verificação sobre a sua titularidade, protege-se a exteriorização do direito. Sem o controle físico de uma coisa não se adquire a posse, ela repousa numa situação em que existe o senhorio de alguém sobre uma coisa corpórea, a sua continuidade requer a permanência da situação da coisa ao possuidor.

A *possessio civilis* é a posse exigida na lei para a obtenção da propriedade por usucapião. Conhecida como *possessio ad usucapionem*, pois se sustentada, por um certo lapso de tempo, esta posse possibilita ao possuidor a aquisição do domínio.

É pacífico que a posse *ad usucapionem* por um certo lapso de tempo e sem oposição seja suficiente à aquisição da propriedade. Na posse, o poder de facto sobre a coisa deve ser exercido publicamente.

A posse capaz de levar à usucapião tem de ser pacífica e pública. O prazo para a usucapião só começa a contar quando estão presentes esses dois requisitos, antes deles estarem presentes a posse não é apta a conduzir à usucapião.

A doutrina salienta as duas teorias da posse largamente apregoadas e originadas dos textos romanos. As referidas teorias são embasadas no anseio de identificar o seu conceito, a partir dos elementos da posse. A teoria de Friedrich Carl Von Savigny, denominada Teoria Subjetiva, buscou fundamentos no Direito alemão, com base em lições do Direito romano. Dessa forma, preconizava que a posse seria um verdadeiro poder material sobre a coisa, o domínio físico (*corpus*), com a intenção de tê-la para si (*animus*).

Por outro lado, a teoria objetiva da posse teve como expoente o jurista alemão, Rudolf Von Ihering, aluno de Savigny, na Faculdade de Direito em Berlim. Ihering, assim como

Savigny, ocupam lugar inigualável no Direito alemão. Ihering buscou melhorar a teoria de seu professor, Savigny. Para a teoria de Ihering, possuidor é a pessoa que se porta como dona da coisa, independente da demonstração do *animus*.

Posteriormente, o terceiro capítulo trata especificamente da usucapião, instituto antiquíssimo, os requisitos na vigência da Lei das XII Tábuas que eram a duração da posse e o gozo de fato da coisa. Historicamente, a usucapião surge como uma maneira de dar proteção àqueles que haviam adquirido algum objeto, sem se tornar proprietários, porque não tinham sido observadas alguma das formalidades legais, ou, porque o bem não era do alienante.

Para o Direito português existem três requisitos para a usucapião: uma posse boa para usucapião, o decurso do prazo legal da posse e a invocação da usucapião pelo possuidor.

No Código Civil português, a usucapião está disciplinada no art. 1287.º e segs., sendo exigidos duas premissas obrigatórias: o tempo e a posse. A posse deve ser pública e pacífica, por outro lado, o tempo sujeita-se quanto à natureza da coisa ser móvel ou imóvel. Por fim, deve-se observar se a posse é de boa ou má-fé, titulada ou não titulada e estar inscrito ou não no registro.

A exigência de boa-fé e justo título, não se exige hodiernamente no Direito português, no Direito italiano e no Direito francês. É relevante ressaltar que o interesse social da figura da usucapião é, por mais das vezes, mostrado pela doutrina como sendo elemento fundamental para sua razão de existir.

Em especial, salienta-se a relevância da usucapião na via extrajudicial, que há anos vem sendo realizada em Portugal e acabou influenciando a ordem jurídica no Brasil, que até a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, somente havia possibilidade na esfera judicial. No Brasil a usucapião extrajudicial ainda é um grande desafio, principalmente pela integral novidade que traz o procedimento.

Importante acentuar que a usucapião extrajudicial imobiliária é, na verdade, um processo administrativo que visa à formação de título apto a ser registrado no Registro de Imóveis.

Entretanto, é inegável que nos dias conjunturais, diferentemente do que acontecia no passado próximo, estamos presuntivamente perante situações em que, embora podendo haver determinado poder de facto, simultaneamente, se verifica a manifesta falta de conhecimento no “círculo social”. Assim, não se vê que atualmente exista a mesma e verídica publicidade espontânea de outrora, como evidente exteriorização pública do Direito.

No globalizado e informatizado mundo atual, buscando conviver com normas e em paz social, com o Direito, incluindo-o a nível internacional, deve-se adotar regras, certezas e

instituições que garantam esses princípios. Assim, para que a posse produza efeitos, especialmente os da aquisição por usucapião, além de pública e apresentar outros requisitos, carece ser invocada. Para se tornar eficaz necessita ser reconhecida judicial ou extrajudicialmente.

A questionar se, nesta que é a Era da Globalização e da *Internet*, justifica, ainda, a significativa relevância do tema discutido. Com esse trabalho pretende-se demonstrar que apesar da interação em plena época e sociedade da informação a usucapião trata-se de fundamental instrumento que auxilia no processo da regularização de bens imóveis em Portugal. Em especial, no Brasil, País continental, à medida em que assegura o direito de propriedade, executando, dessa maneira, importantíssima função social.

Assim, o objetivo do presente trabalho é certificar que, apesar da transformação da sociedade, é inegável existir interesse público de grande relevo no estudo da usucapião, quer na construção de um modelo extrajudicial de desobstrução do acesso à Justiça, ou sob a ótica socioeconômica, visando a efetivação de política equilibrada relacionada à regularização fundiária.

A metodologia deste estudo traduz-se no seu caráter bibliográfico, busca soluções nas doutrinas de autores modernos, bem como, verifica as normas nas legislações portuguesa e brasileira, metodologia que, ainda, realizará a pesquisa histórica do tema.

1. A PROPRIEDADE DE BENS

1.1. Breve Evolução Histórica

A propriedade representa um instituto intrínseco ao ser humano, extrapola o próprio direito. Versa sobre o fenômeno histórico e fático, é anterior ao próprio direito. Ela tem diferentes conceitos em cada fase da história.

Ao realizar a digressão histórica constata-se que, nos tempos passados, antes mesmo da época romana, a propriedade privada abrangia apenas as coisas móveis de uso pessoal, como os utensílios de caça e pesca. À época, a propriedade do solo era transitória e de todos. Ali, a propriedade não era perpétua e o homem ainda não se importava com o solo.

Inicialmente surge a propriedade coletiva do solo, seguida do conceito de propriedade privada. Posteriormente, nasce a propriedade perpétua, também individual, caracterizada no domínio da terra que passa a ser absoluto.

A construção romana difundida globalmente influenciou sobremaneira o conceito de propriedade o regime feudal, posteriormente, no regime capitalista. Na Revolução Francesa e no Código de Napoleão fora recepcionado este conceito, sendo fixado de modo individualista em relação à propriedade. À época fortalece o modelo antropológico napoleônico-pandectista de propriedade embasado em conceitos individualistas dos proprietários.

A propriedade enquanto direito real, por excelência, tem particularidades limítrofes dos direitos reais. Ela representa a mais completa conquista dos direitos concretos, tida como direito absoluto, podendo ser relativizada em alguns casos. O proprietário pode desfrutar da coisa como bem entender, tendo em vista o seu caráter *erga omnes*. No entanto, ela possui limitações como a função socioambiental e aquela ligada à propriedade.

Enquanto domínio retrata direito exclusivo que não deve pertencer a mais de uma pessoa, ressalvados os casos de copropriedade ou condomínio. Pressupõe-se ser a propriedade exclusiva e plena, direito perpétuo. E, enquanto não houver causa extintiva ou modificativa, de origem legal ou convencional, o direito de propriedade permanecerá.

Segundo Pontes de Miranda, usar, fruir e dispor são atributos contidos no direito de propriedade; no entanto, permanece a propriedade se uma restrição negocial fere algum desses poderes. A propriedade pode se apresentar sem o poder de dispor, ou o uso e fruto, ainda, sem o uso e fruto e o poder de dispor. São todas as pessoas e não somente o dono do prédio que está

na relação jurídica a qual aparece no direito de usufruto. Na servidão não é ao proprietário do prédio que se atribui a subjetividade passiva, são todas as pessoas¹.

Um dos atributos da propriedade é o direito fruir de algo - antigo *jus fruendi*. Trata-se da faculdade de retirar os frutos da coisa, que podem ser industriais, naturais e civis, que são os rendimentos. A exemplo, o proprietário do imóvel urbano que poderá locá-lo. Outro atributo é o direito de reivindicar a coisa contra quem injustamente a possua ou detenha - *jus vindicandi*. Esse direito é exercido através da ação petítória, que tem por fundamento a propriedade. Essa ação distingue das ações possessórias nas quais se discute posse e não propriedade.

Com a faculdade de usar a coisa, - antigo *jus utendi* -, esse atributo encontra limites, a exemplo, nos direitos de vizinhança. A possibilidade de dispor da coisa, - antigo *jus disponendi* -, tanto por atos mortis causa ou entre vivos, a exemplo, pode ser citada na compra e venda, testamento, doação.

Na propriedade plena a pessoa detém os atributos que dizem respeito à propriedade que pode ser restrita, quando os atributos estiverem distribuídos entre pessoas diferentes. Na propriedade alodial ou plena o proprietário conserva os atributos de usar, gozar, dispor, reaver a coisa. Todas essas características estão concentradas no proprietário, somente ele as possui.

Por outro lado, a propriedade limitada ou restrita se apresenta de forma resolúvel, ou seja, dependente de termo ou condição; ou quando sobre ela incide algum ônus tal como servidão, hipoteca ou usufruto.

Como leciona Flávio Tartuce, existindo separação entre as características, o direito de propriedade é dividido: a nua propriedade caberá a quem é atribuído o domínio. O nu-proprietário não possui os atributos de fruição e uso. Por outro lado, o domínio-útil será atribuído àquele que possui as características de gozar, usar e dispor da coisa. O titular do domínio-útil pode ser o usufrutuário, superficiário, habitante, ainda o usuário. No usufruto há uma divisão equilibrada dos atributos da propriedade: o usufrutuário possui atributos de fruir e usar da coisa; já o nu-proprietário conserva os atributos de reaver a coisa e dispor².

O Código Civil brasileiro, de 2002, foi influenciado pela referência histórica. O *caput* do art. 1.228 demonstra essa visão, de forma que assegura ao titular do direito de propriedade a faculdade de usar, gozar, fruir, alienar e reivindicar a coisa em face de quem injustamente a detenha ou possua.

¹ MIRANDA, Pontes - **Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Tomo XI. Direito das Coisas: Propriedade. Aquisição da Propriedade Imobiliária**, p. 16.

² TARTUCE, Flávio - **Manual de Direito Civil**, p. 914.

O Código Civil português adotou a mesma regra, tendo como fonte inspiradora a teoria romana que qualificava a propriedade abrangendo o uso, a fruição e a disposição. Assim, determina no art. 1305.º que o direito de propriedade abrange as faculdades de uso, fruição e disposição do direito, de maneira exclusiva e plena³.

Ocorre que, as relações sociais passaram por transformações, expandiu-se o conceito atribuído à propriedade, que passou a incluir outros objetos, ultrapassando o limite dos imóveis e coisas corpóreas. A noção de solidariedade expandiu, deixando de lado o completo individualismo do passado, tornando relevante a ideia da dignidade humana.

Diversas formas de propriedade surgiram, nesse cenário, o direito de propriedade passa a contar natureza plural e social. A evolução tecnológica e sociocultural experimentada pela humanidade levou o conceito de propriedade a abranger coisas incorpóreas.

Reconhece-se a relevância das ideias capitalistas no alargamento do conceito da propriedade. Com a finalidade de aumentar a produção e o lucro passou-se a valorizar aquilo que agregasse valor econômico. Atualmente, a propriedade apresenta forma multifacetada, despojada do caráter indivisível ultrapassado. Em dias conjunturais fala-se em propriedade urbana, propriedade rural, direito industrial, direito autoral, tendo sido abortada a conceituação restritiva do direito romano.

Segundo António Menezes Cordeiro, a Revolução Industrial marcou o início de sucessivos saltos tecnológicos, até alcançar a digitalização em curso. A grande riqueza deslocou-se da propriedade da terra para a titularidade de unidades industriais, titularidade essa assegurada através de participações societárias, *maxime*, ações de sociedades anónimas. De unidades industriais passou-se à prestação organizada de serviços, propriedade intelectual, em especial, patentes e fontes de energia, multinacionais da informática e da distribuição. Com isso, poder-se-ia propugnar o declínio dos Direitos Reais. No entanto, toda essa evolução nunca dispensou a apropriação das coisas corpóreas⁴.

1.2. A Concepção Constitucional e a Concepção Juscivilista de Propriedade

O artigo 62.º da Constituição portuguesa dispõe que “a todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte nos termos da Constituição”.

Este conceito atribui a existência da propriedade privada em Portugal. Por outro lado, a proteção da propriedade privada significa a independência de disposição dos bens pelo titular

³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - **Direitos Reais**, p. 297.

⁴ CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de Direito Civil XIV: Direitos Reais (2ª Parte)**, p. 66.

do direito patrimonial. As pessoas, tanto coletivas como individuais, são livres para utilizar os bens da forma como lhes aprouver. A propriedade também transmite o direito em vida ou por morte.

Conforme ensina José Alberto Vieira, o direito constitucional da propriedade considera, em primeiro lugar, a relação do Estado com os integrantes da ordem jurídica e tem por finalidade resguardar não apenas a existência, mas a sua consideração pelo Estado. A atividade estatal deve ser exercida de modo a não colocar em risco a propriedade de alguém. Ninguém pode ser submetido à expropriação por utilidade pública ou requisição se não estiver embasado na lei e mediante o pagamento da justa indenização (artigo 62.º, n.º 2 da Constituição)⁵.

A noção constitucional de propriedade alcança significado mais ampliado que o conceito do direito de propriedade utilizado no Direito Civil, o qual entende que a propriedade consiste num direito real, assegurado por ação real, que é a da reivindicação.

O *ius vindicandi* consiste no direito de reivindicar a coisa contra quem injustamente a possua ou detenha, e será exercido através da ação reivindicatória, na qual a ação do autor deve demonstrar o seu domínio, trazendo a prova da propriedade, descrevendo o bem imóvel com as devidas confrontações. A ação petítória é diferente das ações possessórias, nas possessórias não se questiona sobre a propriedade do bem, apenas sobre a sua posse.

Decorre da propriedade o direito de sequela, que atribui ao proprietário o direito de ajuizar a ação reivindicatória.

A segunda nota distintiva é que dentro dos direitos reais, o direito de propriedade constitui o direito de maior extensão, o que não quer dizer que a propriedade seja um direito ilimitado. Nesses termos, a propriedade concede ao proprietário o maior aproveitamento da coisa. A posição da propriedade no ápice da hierarquia da atribuição real é demonstrada pela maior extensão do aproveitamento da coisa.

Fala-se em elasticidade do direito de propriedade por ser exatamente o de maior extensão quando dissociado de outros direitos reais limitados tais como o penhor, hipoteca, anticrese, também o uso, usufruto e habitação. Quando esses direitos deixam de existir a propriedade torna-se plena novamente.

Assim é compreensível por denominar a propriedade o direito real de natureza absoluta. Entretanto, é plenamente possível afirmar o relativismo desse conceito. O direito de propriedade é considerado absoluto dentro dos padrões determinados pelo ordenamento jurídico. Por ser o direito real de maior extensão, pode ser oposto contra todos (*erga omnes*).

⁵ VIEIRA, José Alberto - **Direitos Reais**. Editora Almedina, p. 599.

A terceira nota distintiva é de que ao proprietário é assegurada a exclusividade do aproveitamento da coisa. A exploração da coisa pelo proprietário pode ser admitida sem o conflito com outro direito real, o que não acontece com os demais direitos reais.

A quarta nota distintiva: a propriedade trata-se de coisa corpórea. Cabe somente ao proprietário o poder de decidir sobre o seu destino, consumindo-a, destruindo-a. A propriedade representa a atribuição definitiva da coisa a alguma pessoa, o que capacita o proprietário a resolver sobre o aproveitamento que deseja realizar.

A última nota reside no seu objeto, a propriedade tem por objeto coisas corpóreas.

No dizer de António Menezes Cordeiro, os direitos reais tratam das coisas corpóreas, perceptíveis pelos sentidos. Já nos direitos de crédito, trabalha-se com associações abstratas, apenas ligadas pela inteligência. Vê-se o proprietário no seu exercício comum, mas não se visualizam os créditos. No geral, os direitos reais de gozo atribuem à posse. Esta possibilita a publicidade imediata, que correlaciona várias consequências no direito. Dada a relevância desse instituto, o Estado organiza a publicidade exigida no registro predial. Dessa maneira, é indubitável que a publicidade caracterize traço marcante entre os direitos reais e os direitos obrigacionais⁶.

No dizer de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão as coisas incorpóreas têm existência social, nelas, incluem-se as invenções e marcas, obras literárias, bens denominados intelectuais. Já as coisas corpóreas contam existência física, sem necessariamente ter a natureza da matéria, tais como os edifícios, terrenos, gases, líquidos ou mesmo as energias⁷.

Assim, apesar do uso cotidiano, não é correto falar em propriedade intelectual, ou seja, propriedade industrial, propriedade literária. No que remonta às coisas incorpóreas, recaem os direitos industriais tais como a patente, marca e modelo de utilidade, desenhos, nome de estabelecimento, direitos intelectuais. Estes direitos têm coisas incorpóreas por objetos, entretanto, não representam direitos reais, nem são direitos de propriedade em sentido específico⁸.

A mais relevante dos direitos reais é a que os diferencia entre direitos reais de gozo, direitos reais de garantia e direitos reais de aquisição.

Os direitos reais de gozo, segundo Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, são aqueles que conferem os direitos de uso, ou disposição, fruição de coisa corpórea. Somente a propriedade, o maior dos direitos reais, apresenta todas essas qualidades. Os demais direitos

⁶ CORDEIRO, António Menezes - **Direitos Reais (1ª Parte)**, p. 388.

⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - **Direitos Reais**, 2022, p. 56.

⁸ VIEIRA, José Alberto - **Direitos Reais**, p. 602.

reais tais como o uso, usufruto, habitação, superfície e servidão conferem ao titular parte dessas faculdades. Referindo-se aos direitos reais de gozo, faz-se ainda alusão à posse, em que é questionável na doutrina a sua qualificação como direito real. Para o autor, a posse não representa um direito real, devendo ser tratada de forma autônoma⁹.

Por outro lado os direitos reais de garantia são aqueles que atribuem ao credor um privilégio em relação a determinada coisa, podendo este receber anteriormente dos outros, como acontece com a hipoteca e penhor.

E ainda, os direitos reais de aquisição são aqueles em que é atribuída ao seu proprietário a oportunidade de, pelo seu exercício, vir a conquistar um direito real sobre coisa determinada. Entre eles estão os benefícios do titular de um direito legal de preferência, o favorecido de um contrato com promessa de eficácia real.

Por fim, conclui-se que a propriedade é o direito que concede todo o rendimento viável de coisa corpórea, ou seja, o maior dos direitos de exploração sobre essas coisas. No entanto, maior extensão não implica ilimitação, ela se submete aos limites gerais do ordenamento jurídico.

1.3. A Limitação da Propriedade pela Função Social. O Abuso de Direito

Como leciona Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, a concepção da presença de limitações ao direito de propriedade é algo recente na evolução do Direito. No direito romano a propriedade tinha caráter ilimitado. Esta ilimitação da propriedade decorre da inexistência de barreiras em relação à dimensão vertical do direito. Existiria, no entanto, exceção, vez que o Direito da Era Romana não permitia os atos emulativos. Essa concepção vem a ter ingerência no art. 544.º do Código Civil, de 1804, quando o proprietário detinha poder soberano sobre a coisa em tudo o que não contrariasse as leis ou regulamentos. Essa ideologia fica enfraquecida com o advento, no direito francês, da doutrina do abuso de direito, a qual noticiou o primeiro reconhecimento de limitações aos direitos do proprietário¹⁰.

Posteriormente, passou-se a defender a função social da propriedade, no sentido de que as atribuições do proprietário estão demarcadas pela utilidade social do bem. Em Portugal, em que pese, profundamente motivado pelo Código Civil francês, de 1804, o Código Civil português, de 1867, não estabeleceu definição tão intensa da propriedade como direito absoluto.

⁹ LEITÃO, Luís Manoel Teles de Menezes - **Direitos reais**, p. 96.

¹⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - **Direitos Reais**, p. 179.

A Constituição de 1933 confirmou expressamente a doutrina da função social da propriedade, ao determinar que a mesma, tal como o trabalho e o capital, executava função social¹¹.

A Constituição de 1933 veio dispor, no seu artigo 35.º: “A propriedade, o capital e o trabalho desempenham uma função social, em regime de cooperação econômica e solidariedade, podendo a lei determinar as condições do seu emprego ou exploração conforme com a finalidade colectiva”.

Conforme salienta António Menezes Cordeiro, enquanto o Código de Seabra consagraria apenas a função pessoal, a Constituição de 1933 avançou à função social. No entanto, repercutiria apenas na interpretação das fontes, faltando concretizar no terreno do exercício de direitos reais, e, fora da função seria penalizado. Realmente o transcrito no artigo 35.º visava dar corpo à ideia de função como preferível à de direito, dentro da ideologia corporativa, e repudiava a visão de luta de classes. Não obstante, deu corpo às preocupações ligadas, desde à Antiguidade, à legitimidade da apropriação privada¹².

O Código Civil Português, de 1966, representou certo recuo em relação à função social da propriedade, estabelecendo o artigo 1305.º que “o proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei, e com observância das restrições por ela impostas”.

A Constituição de 1976, contrariamente ao que sucedia na anterior, não faz qualquer menção à função social da propriedade, como limite aos direitos do proprietário. No entanto, os doutrinadores têm considerado a existência de um limite implícito.

Como ensina José Alberto Vieira, todas as propriedades são limitadas. Hodiernamente, encontra-se superado esse modo de ver do individualismo do século XIX. Os direitos patrimoniais estão sujeitos a restrições, entretanto, o legislador pode ampliá-los ou restringi-los. As limitações podem ser orientadas por finalidades de interesse público expressas no meio ambiente, saúde pública, educação, outros. Ou, orientadas pelo interesse privado, como o direito de vizinhança. Na atualidade, a maior das limitações da propriedade centra-se no Direito público, o proprietário tem que respeitar os interesses da comunidade¹³.

Como observa António Menezes Cordeiro, a propriedade - e com ela os diversos direitos reais - nunca terá sido o “direito absoluto” que por razões históricas lhe é apontado. Com o liberalismo, o conteúdo desse direito foi exacerbado, sendo na Codificação Napoleônica a

¹¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - **Direitos Reais**, p. 180.

¹² CORDEIRO, António Menezes - **Direitos Reais (1ª Parte)**, p. 444.

¹³ VIEIRA, José Alberto - **Direitos Reais**, p. 600.

forma mais absoluta. A prática de exercícios puramente emulativos, em que o proprietário, apenas para prejudicar os vizinhos, faz utilização desarrazoada do que é seu, inclusive com danos para o próprio, salta logo ao espírito¹⁴.

No Código de Seabra é encontrada a ideia de função pessoal, conforme o disposto no artigo 2167.º. “Diz-se direito de propriedade a faculdade, que o homem tem, de aplicar à conservação de sua existência, e ao melhoramento de sua condição, tudo quanto para esse fim legitimamente adquiriu, e de que, portanto, pode dispor livremente”.

O código traz uma ideia de função pessoal: o titular não pode fazer somente o que lhe aprouver, devendo usar o domínio para aplicar ao melhoramento de sua condição e à conservação da sua existência.

Luis Manuel Teles de Menezes Leitão observa a evidência do direito de propriedade ser utilizado conforme a função social, mas essa função social não deve ser fundamento para estipular a total funcionalização dos direitos do proprietário, somente permitindo exercer os poderes que a lei admite. Como direito subjetivo, a propriedade possibilita ao seu titular, antes de mais nada, sua realização pessoal. É compreensível que esse espaço de liberdade seja exercido de acordo as exigências da vida em sociedade. Mas a função social não autoriza o Estado estipular comportamentos que infrinjam o núcleo desse direito¹⁵.

Segundo António Menezes Cordeiro as ideias de função pessoal e função social são interessantes como diretriz legislativa, mas não permitiram soluções concretas. O único avanço acontecido nesse sentido adveio da regra do abuso de direito. Do artigo 334.º do Código Civil, no domínio do abuso de direito, releva o limite imposto pela boa-fé. O abuso de direito é o exercício não admitido por contrariedade a princípios básicos cogentes do sistema jurídico. Para o autor, os direitos reais, encabeçados pela propriedade, devem manter um espaço de liberdade indispensável. Os limites devem ser claros e suportados por leis constitucionalmente apoiadas. No presente momento histórico, não vê que os direitos reais possam ser havidos como responsáveis pelos excessos do capitalismo global. Há que os defender enquanto espaço garantido de liberdade¹⁶.

No Código Civil brasileiro, de 1916, não havia previsão a respeito da função social da propriedade. No entanto, o Código Civil de 2002, já no dispositivo preliminar sobre a propriedade, no § 1º, do artigo 1228, enuncia que “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam

¹⁴ CORDEIRO, António Menezes - **Direitos Reais (1ª Parte)**, p. 443.

¹⁵ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - **Direitos Reais**, p. 181.

¹⁶ CORDEIRO, António Menezes - **Direitos Reais (1.ª Parte)**, p. 445.

preservados, em conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico, o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”. A norma do Código Civil passou a disciplinar categoricamente a função social do direito.

Como ressalta Miguel Reale, no seu livro *O Projeto do Novo Código Civil*, a modernização do Direito das Coisas é assunto que se impõe, um imperativo de ordem econômica e também social que sucede do moderno conceito, previsto na Constituição, de propriedade e da função que está possui no meio social. Assim, o Anteprojeto inspira na compreensão dos valores individuais e coletivos, que não devem conflitar, mas complementar visando satisfazer os interesses coletivos e individuais. O reconhecimento do direito de propriedade deve ser utilizado de acordo com as finalidades econômicas e sociais, de tal maneira que sejam protegidos a fauna, flora, o equilíbrio ecológico e as belezas naturais¹⁷.

Como observa Flávio Tartuce, a função social da propriedade, prevista na Constituição Federal de 1988 e Código Civil de 2002, sofreu importante influência da clássica doutrina de Leon Duguit, para quem o direito de propriedade não é exclusivo do indivíduo detentor da riqueza, mas propriamente uma função social.

A função social pode ser confundida com o próprio direito de propriedade, deve almejar o bem comum, visar os interesses sociais, almejar o bem comum, tornando-se clara a destinação positiva que deve ser atribuída à coisa.

A doutrina protege a função social não somente como componente da propriedade urbana, mas também da propriedade rural. Em ambas as situações, deve-se interpretar a função social com dupla intervenção, a impulsionadora e a limitadora.

José de Oliveira Ascensão, citado por Flávio Tartuce, leciona ser possível nos dias conjunturais averiguar, facilmente, que no século anterior a lei limitava a poucas intervenções de caráter restritivo. Agora, proliferam as intervenções impulsionadoras e o fomento, de maneira a aumentar a utilidade que pode se extrair do bem¹⁸.

As palavras do jurista português exemplificam a situação brasileira. A atual Constituição Federal de 1988, traz os mais variados dispositivos que tratam a linha da intervenção impulsionadora.

O entendimento atual da propriedade moderna se realiza na execução dos interesses dos proprietários e dos não proprietários, vez que convivendo em conjunto, estimularão o maior

¹⁷ REALI, Miguel - *O Projeto do Novo Código Civil*, p. 81.

¹⁸ TARTUCE, Flávio - *Manual de Direito Civil*, p. 917.

aproveitamento das qualidades dos bens, em especial, dos imóveis. O proprietário deve respeitar o não proprietário, também o inverso, cada um cumprindo suas obrigações.

1.4. Formas de Aquisição da Propriedade

1.4.1. Da aquisição originária

Tal como se dá com a posse, o domínio pode ser adquirido de forma originária ou derivada.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa, a aquisição é originária quando desligada de toda a relação com o titular anterior. Nela não há relação jurídica de transmissão. Não há relevância ou não existe a pessoa do antecessor. Defende-se ser apenas a ocupação verdadeiramente um modo de aquisição originário. No entanto, a maior parte dos doutrinadores entende também como originárias as aquisições por acessão natural e a usucapião. Nessas modalidades, usucapião, ocupação e acessão natural, não há relação jurídica daquele que adquire com o anterior proprietário¹⁹.

Na aquisição originária a coisa não pertenceu a outra pessoa. No entendimento mais restrito, é fato, somente a ocupação, como a pesca e a caça. Para a corrente majoritária, é originária toda a forma de adquirir a propriedade que não leva em consideração qualquer relação com titulares anteriores, ainda que possam ter realmente existido.

A usucapião é o caso clássico de aquisição originária. O bem usucapido pode ter proprietário anterior, mas o usucapiente não recebe dele o bem. Seu direito de aquisição não leva em consideração o proprietário anterior. Na aquisição originária, o único elemento que para ela importa é o fato ou ato jurídico que lhe dá origem²⁰.

Na aquisição originária a propriedade recebida de maneira desembaraçada, livre de ônus, nela não há translatividade.

Conforme José Alberto González, o direito obtido por usucapião baseia-se apenas na posse e não em outro direito pertencente a outrem. A totalidade dos direitos existentes sobre a coisa objeto da usucapião é extinta por inconformidade²¹.

E como realça Durval Ferreira, a aquisição por usucapião é originária. E, autonomamente, com base na posse invocada como sua causa, com retroatividade ao início da

¹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo - **Direito Civil: Direitos reais**, p. 175.

²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo - **Direito Civil: Direitos reais**, p. 176.

²¹ GONZÁLEZ, José Alberto - **Direitos Reais (Parte Geral) e Direito Registral Imobiliário**, p. 104.

posse invocada. O direito adquirido, para lá da posse, não tem antecedentes, somente consequentes. E a sua aquisição reporta-se ao início da posse (art. 1288º do CCP). Esse direito obtido pelo possuidor não é o direito anterior do titular. Este direito aniquila-se ou restringe-se²².

Segundo José Alberto González os mais fortes indícios da aquisição originária são: não existir, em esfera jurídica alheia, qualquer direito sobre a coisa, anteriormente à ocorrência da aquisição; o facto aquisitivo não implicar qualquer relação com uma eventual titularidade anterior; o direito adquirido vir livre dos ônus ou encargos que eventualmente incidam sobre o anterior titular²³.

Flavio Tartuce afirma que, na prática, a diferenciação entre as formas originárias e derivadas é relevante. Nas formas originárias a pessoa que adquire a propriedade o faz sem que está tenha as características anteriores, do anterior proprietário. De forma pedagógica, salienta-se que a propriedade inicia do zero. É exatamente o que se dá na usucapião. Nas maneiras derivadas há um realce de continuidade da propriedade anterior, como na compra e venda. Se a propriedade é adquirida de forma originária, o novo proprietário não é responsável pelos tributos anteriores do imóvel. Se o imóvel tiver gravame, a exemplo da hipoteca, se for adquirido por usucapião, ela será extinta, pois trata-se da forma de aquisição originária.

Usucapião e acessão são formas de aquisição originária da propriedade.

1.4.2. Aquisição derivada

Na forma de aquisição derivada a propriedade será recebida com todas as características e gravames que possuía anteriormente, há translatividade. Nessa forma de aquisição a propriedade é obtida de alguém.

Na aquisição derivada ocorre a relação jurídica com o antecessor. Há a transferência da propriedade de um sujeito a outro. A regra primordial nessa hipótese é de que ninguém pode transferir direitos além daqueles que possui. A transmissão derivada pode se dar tanto por ato causa *mortis causa* ou *intervivos*. O fato da morte transfere o patrimônio do falecido aos herdeiros²⁴.

²² FERREIRA, Durval - **Posse e Usucapião versus Destaques e Loteamentos**, p. 24.

²³ GONZÁLEZ, José Alberto - **Direitos Reais (Parte Geral) e Direito Registral Imobiliário**, p. 51.

²⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo - **Direito Civil: Direitos reais**, p. 176.

Na prática, no direito brasileiro, essa diferenciação é importante pois influi na relação tributária, pois quando se dá há aquisição de forma originária não recaem tributos sobre o imóvel, tese julgada pelo Supremo Tribunal Federal, em acórdão lavrado pelo Ministro Djaci Falcão (STF, Recurso Extraordinário 94.586-6/RS, j. 30.08.1984), já na aquisição derivada o adquirente responde pelos tributos²⁵.

Na aquisição derivada a coisa transmite-se ao adquirente com as anteriores características, com todos os defeitos ou virtudes. Assim, a exemplo, a transferência do bem onerado ou hipotecado com servidão não aniquila esses ônus.

A principal forma de aquisição derivada é o registro do título aquisitivo da propriedade imóvel, regulamentada entre os artigos 1.245 a 1.247 do Código Civil brasileiro. O novo proprietário do bem será responsável pelas dívidas que incidem sobre o bem. Em relação à compra e venda existe regra determinada nos termos do art. 502 do CC, dispondo: “O vendedor, salvo convenção em contrário, responde por todos os débitos que gravem a coisa até o momento da tradição.”

Segundo Gustavo Tepedino, no Direito brasileiro, à compra e venda atribui-se somente o efeito obrigacional. Vale dizer, ela cria a obrigação de transferir a coisa, mas não transfere a propriedade. Assim, é que se costuma decompor a estrutura dessa avença em dois momentos distintos: o da celebração do negócio, quando se contraem as obrigações; e o da prática do ato translativo do domínio - tradição ou registro, conforme o objeto seja móvel ou imóvel.²⁶

Cumprido observar que no Direito brasileiro a Escritura Pública não é suficiente para a aquisição da propriedade imóvel, sendo uma formalidade que situa-se no plano da validade dos negócios jurídicos. O registro imobiliário situa-se no plano da eficácia e constitui a aquisição da propriedade imóvel, deve ocorrer no Cartório de Registro de Imóveis do local da situação da coisa (arts. 1º, IV, 167 a 171 da Lei nº 6.015/1973). É nesse sentido o disposto no artigo 1.227 do CC/2002 que “os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por ato entre vivos, só se adquirem com o Registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (art. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código²⁷.”

Enquanto não houver o registro do título translativo, o alienante continua a ser considerado dono do imóvel (art. 1.245, § 1º, do Código Civil). A teoria da aparência (artigo 1.245, §2º, do CCB) consagra que enquanto não houver, por meio de ação específica, a

²⁵ TARTUCE, Flávio - **Manual de Direito Civil**. Editora Método, p. 925.

²⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Marta Celina Bodin de Moraes - **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**, p. 136.

²⁷ TARTUCE, Flávio - **Manual de Direito Civil**, p. 962.

decretação da invalidade do registro, o adquirente continua a ser havido como proprietário do imóvel.

Por outro lado, no Direito português, os direitos reais se transferem tão somente pelo contrato, sem ser necessário realizar qualquer outro ato, como a tradição ou o registro, conforme se prevê no art. 408 do Código Civil português²⁸.

Conforme Mouteira Guerreiro, no sistema português, em geral, considera-se que vigora o mero método do título, conforme disposto no n.º 1 do art. 408 do Código Civil português, que - aparentemente - consagra o princípio da consensualidade. Este preceito estabelece o que alguns também designam de eficácia real imediata, em a constituição ou transmissão dos direitos reais resultar, sem necessidade de qualquer outro ato ou formalidade, do negócio jurídico que serve de embasamento ao negócio em que se insere tal constituição ou transmissão²⁹.

Por sua vez, a sucessão hereditária também constitui uma forma de transmissão derivada da propriedade que ocorre por ato *mortis causa*, onde o herdeiro ou o testamentário recebe todos os seus direitos e deveres do falecido. Tanto Portugal como o Brasil adotam o princípio da *saisine*.

Com a morte dá-se a transmissão imediata da herança aos herdeiros legítimos e testamentários. A denominação de herdeiro legítimo é determinada pela lei, conforme a ordem da vocação hereditária (artigo 1.829 do CC/02). Herdeiros testamentários são os beneficiados em testamento com fração da universalidade. Se distinguem dos legatários que recebem, por testamento, bem individualizado do testador e precisam pedir o bem legado; eles não o recebem como os herdeiros tão logo após a morte³⁰.

Pelo princípio da *saisine*, previsto no artigo 1.784 do Código Civil/02, a totalidade da herança se transmite aos herdeiros, tanto posse como propriedade. Não existe intervalo na posse e propriedade atribuída aos herdeiros, ocorre uma ficção jurídica. A aceitação da herança pode ocorrer de forma expressa, mas geralmente ocorre de forma tácita. Até a partilha os herdeiros conservam a universalidade do que lhes foi transmitido. A posse e a propriedade recebidas pelos herdeiros permanecem com as mesmas características e natureza da forma que exercidas pelo *de cujus*³¹.

²⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - **Direitos Reais**, p. 247.

²⁹ GUERREIRO, J. A; GUERREIRO, Luísa Mouteira. - **Manual de Direito Registral Imobiliário**, p. 163.

³⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos reais**, p. 216.

³¹ Idem, p. 216

O Código Civil português trata especificamente das maneiras de aquisição derivada da posse, que são a tradição, a sucessão e o constituto possessório.

Na tradição, como a própria alínea b) do art. 1.263º do Código Civil português especifica, há um ato do possuidor anterior que, simbolicamente ou material, material, envolve a atribuição da posse ao novo possuidor, pela transferência da situação de fato, que o capacita a exercer sobre a coisa atos correspondentes ao exercício do direito.

Segundo Luís A. Carvalho Fernandes, na sucessão, conforme art.º 1.255º, há uma situação de aquisição causa mortis. Os sucessores do possuidor antigo, que recebem o legado ou a herança, obtêm por esse ato, a posse do falecido. A razão que levou o legislador foi deixar claro que a aquisição da posse ocorre, mesmo sem que haja a aquisição material do bem, desde o evento da morte. Dessa forma, o sucessor, mesmo sem ter a posse de fato, detém a posse jurídica³².

Conforme Rui Januário e António Gameiro, na sucessão *mortis causa*, ocorre a tradição ficta. Diz-se *ficta*, porquanto, o legislador ficciona a posse. Esta figura rege as situações, em que falecendo o proprietário de determinada coisa, e abrindo-se a correspondente sucessão, desde o primeiro momento, até que os bens da herança ingressem na titularidade dos respectivos herdeiros, poderá decorrer um lapso temporal alargado, durante o qual estes não podem ser considerados, ainda, como proprietários, pois, enquanto não for feita a partilha, a herança encontrar-se-á indivisa. Daqui decorre, que os herdeiros não exercem poderes de facto sobre os bens da herança, como se fossem titulares (tem *corpus* mas não têm *animus*) Daí, que o artigo 1.255.º do CC ficcione a posse dos herdeiros³³.

O constituto possessório pode dar-se na transmissão de um direito real pelo seu titular, quando não ocorrer a imediata transferência da posse da coisa. É indiferente que está posse pertença ao alienador ou que exista uma detenção por parte de terceiro (n.º 1 e 2 do art.º 1.264.º). Se a coisa permanecer na detenção do terceiro ou do próprio alienante, nem por isso deixa de se ter como ocorrida a aquisição da posse pelo adquirente do direito transferido. O adquirente do direito real em causa é considerado como seu possuidor, sem ser visto na condição de detentor. Contudo, se a posse antecedente era do alienante, este, por sua vez, passa a ser mero detento; se a detenção existir na figura de um terceiro, este permanece com a detenção, mas irá exercê-la no nome do adquirente. A chamada eficácia translativa da posse ocorre no momento da celebração³⁴.

³² FERNANDEZ, Luís A. Carvalho - **Lições de Direitos Reais**, p. 314.

³³ JANUÁRIO, Rui; GAMEIRO, António - **Direitos Reais: Parte Geral**, p. 215.

³⁴ FERNANDEZ, Luís A. Carvalho - **Lições de Direitos Reais**, p. 315.

António Menezes Cordeiro assegura *que o constituto possessório é uma maneira de aquisição da posse que ocorre quando aquele que cede, depois da transferência, permanece no comando material da coisa, como possuidor, mas no nome de quem e adquiriu. E refere que, como explicava Savigny, o *constitutum possessorium* é, de certa maneira, o contrário da *traditio brevi manu*; nesta, o detentor transforma-se em possuidor, naquele, é o possuidor que transforma em detentor*³⁵.

Conforme Rui Januário e António Gameiro a tradição derivada real implícita por constituto possessório, diz-se, bilateral, quando o possuidor passa a ser detentor (transmite a sua posse, tornando possuidor precário), nos termos do n.º 1, do artigo 1264º do Código Civil. Esta revela maneira de aquisição derivada *solo consensu*, não existe entrega da coisa, nem de um símbolo (pois aquele que adquire a posse já exercia poderes sobre a coisa). O constituto possessório, é trilateral, quando na presença de contrato, através do qual se transmite a posse, e, outro, que mantém a pré-existente situação de detenção, por exemplo, ‘A’, proprietário de imóvel arrendado a ‘B’, vende-o a ‘C’, mantendo-se ‘B’, como locatário³⁶.

1.5. As Formas de Aquisição Específicas da Propriedade no Direito Português

Para além dos fatos aquisitivos genéricos existem outros específicos da propriedade no Direito português. São três os fatos jurídicos considerados específicos da propriedade, a acessão, a ocupação e o achamento.

1.5.1. Das acessões naturais e artificiais

Conforme art. 1.326º do Código Civil português a acessão distingue-se entre natural, quando provém das forças da natureza e industrial, ao resultar de ação humana, que pode basear-se em agregar objetos pertencentes a donos diferentes (confusão ou união) ou aplicar o próprio trabalho em matéria que pertence a outra pessoa (especificação). Por outro lado, a acessão industrial é classificada em mobiliária e industrial imobiliária, conforme diga respeito a coisas móveis ou trate de imóvel, podendo ambas ainda serem consideradas de boa ou má fé.

³⁵ CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de Direito Civil XIII: Direitos Reais (1ª parte) – Dogmática Geral. Posse. Registro Predial**, p. 668.

³⁶ JANUÁRIO, Rui; GAMEIRO, António - **Direitos Reais: Parte Geral**, p. 216.

Assim, o Direito português utiliza o conceito de acessões e o distingue entre duas espécies, acessão natural (aluvião, avulsão, mudança de leito, formação de ilhas ou mouchões, lagos e lagoas) e a acessão industrial, que pode ser mobiliária (união ou confusão de boa-fé, de má-fé, confusão casual, especificação de boa-fé e de má-fé) e imobiliária (obras, sementeiras ou plantações com materiais alheios), realizadas de boa-fé em terreno alheio, realizadas de má-fé em terreno alheio e o prolongamento de edifício por terreno alheio.

Nos termos do artigo 1.248 do Código Civil brasileiro, de 2002, as acessões são modo originário de aquisição da propriedade imóvel em razão do qual passa a pertencer ao proprietário tudo o que foi incorporado de forma natural ou artificial. Segundo o Código Civil brasileiro, são acessões naturais a formação de ilhas, a aluvião, a avulsão e o abandono do álveo.

Além das acessões naturais o Código Civil brasileiro, de 2002, dispõe como forma de aquisição originária da propriedade imóvel as acessões artificiais, relativas às plantações e construções (art. 1.253 a 1.259). Como regra principal, o art. 1.253 determina que toda construção ou plantação existente em terreno pressupõe-se relativamente realizada pelo proprietário e à sua custa, até que se prove de modo diferente. Portanto, as plantações e construções possuem natureza acessória, vez que são consideradas bens imóveis por acessão física artificial, seguindo a sorte do principal.

Nos demais artigos o Código Civil brasileiro elenca uma série de regras específicas sobre essas acessões artificiais.

1.5.2. A acessão. Noção legal e requisitos da figura

O Código Civil português prevê a acessão como fato aquisitivo do direito de propriedade (art. 1.317.º, alínea d). A acessão vem conceituada no art. 1.325.º “Dá-se a acessão, quando com a coisa que é propriedade de alguém se une e incorpora outra coisa que não lhe pertencia”.

Segundo José de Oliveira Ascensão, a acessão é regulada como uma maneira de aquisição específica da propriedade, mesmo que haja o concurso de direito real menor, só o proprietário é legítimo para a aquisição de coisa implantada. Isso não impede que haja que regular depois as relações entre o proprietário e titular de direitos menores, em relação à parte acrescida. O beneficiário da acessão é aquele a quem cabia o direito de fazer a mudança física da coisa que justifica a acessão³⁷.

³⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira - **Direito Civil: Reais**, p. 301.

A acessão dá-se perante a união das duas coisas, a lei estabelece a aquisição da propriedade sobre a coisa que resultou dessa união apenas por um dos proprietários, com a resultante perda da propriedade pelo outro. A acessão não é exclusiva à aquisição da propriedade, podendo pela mesma forma serem obtidos outros direitos reais, como a lei expressamente menciona o usufruto (art. 1.471.º) e a hipoteca (art. 691.º, nº 1, b).

Luís Manuel Teles de Menezes Leitão refere que tanto nas benfeitorias como nas acessões há um acréscimo no valor patrimonial em bens de outrem, as duas situações constituem realidades distintas. Nas palavras de Manuel Rodrigues, tanto na acessão, como nas benfeitorias, acontece a valorização do objeto que foi possuído, mas os atos de acessão diferenciam-se, porque eles inovam, alteram a essência do objeto³⁸.

Para Leitão, a disciplina das benfeitorias deve curvar-se sempre que exista a situação de acessão, podendo assim se dar nas situações em que exista ligação anterior com a coisa, a não ser que está ignore a utilização do regime. No entanto, isso não sucede, se a lei restringir a aplicar o regime das benfeitorias. As benfeitorias tratam-se apenas para melhorar ou conservar a coisa (art. 216, nº 1), sendo assim para a manutenção ou melhoramento do seu valor económico, que acarreta apenas obrigações de devolução das despesas ou um *ius tollendi*. Na acessão vai-se além, efetuando-se ou agregando-se valor económico novo ao bem, através da sua transformação ou adesão com outra coisa por aplicação de trabalho, o que ocasiona novo direito na coisa, que entra em choque com o proprietário anterior. Sendo assim, se o locatário de prédio rústico construir um edifício no terreno, o caso não é de benfeitoria, mas de acessão³⁹.

As benfeitorias têm, na sua origem, aplicações feitas pelo marido nos bens dotais da mulher. Estes não lhe pertenciam, assim surgia um problema delicado. No transcurso da História, a noção de benfeitorias foi-se alargando, de modo a cobrir, genericamente, todas as situações nas quais alguém fizesse melhorias ou despesas em uma coisa que não lhe coubesse.

O Código de Seabra acolheu a tripartição das benfeitorias, o Código Civil atual recebera-as para definir e classificar as benfeitorias de acordo com a apontada tripartição (art. 216.º).

Segundo Sílvio de Salvo Venosa, benfeitorias são despesas ou obras realizadas na coisa, visando melhorá-la, conservá-la ou embelezá-la. São necessárias as que visam conservar a coisa ou evitar que se arruíne: assim será o conserto necessário nas vigas de um prédio. São úteis as que facilitam ou aumentam o uso habitual da coisa: é o caso do aumento da parte para o estacionamento em um prédio. São voluptuárias as de simples recreio ou deleite, que não

³⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Direitos Reais**, p. 235.

³⁹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Direitos Reais**, p. 237.

modificam o uso da coisa, ainda que a transformem em mais agradável, ou aumentem o seu valor: é a situação da construção de uma piscina ou sauna⁴⁰.

No Direito brasileiro os resultados da classificação em uma das classes são importantes, pois ao possuidor de boa-fé cabe à indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis, podendo levantar-se as voluptuárias, se não lhe forem indenizadas. O possuidor de boa-fé, poderá pelas benfeitorias necessárias e úteis exercer o direito de retenção. Por outro lado, o possuidor de má-fé não possuirá o direito de retenção, devendo somente ser indenizado pela quantia das benfeitorias necessárias (arts. 1.219 e 1.220 CCB).

As benfeitorias são melhoramentos na coisa feita pelo proprietário, pelo enfiteuta, pelo possuidor (arts. 1.273.º-1.275.º do CCP), pelo locatário (arts. 1.046.º, 1074.º e 1.082.º do CCP), pelo comodatário (art. 1.138.º do CCP) e pelo usufrutuário (art. 1.450.º do CCP); por outro lado, as acessões são melhoramentos feitos por qualquer terceiro não ligado juridicamente com a coisa, podendo o terceiro ser um mero detentor ocasional.

Acessão e benfeitoria constituem realidades jurídicas diferentes. A benfeitoria retrata melhoramento por aquela pessoa ligada à coisa em consequência da relação jurídica, já a acessão vem do externo, pessoa estranha, de um terceiro que não tem contato jurídico com a coisa.

O Direito português apresenta dificuldade de diferenciação entre acessão e benfeitoria. A questão é saber qual o regime jurídico se aplica, o das benfeitorias (art. 1.273.º a 1.275.º) ou se o regime jurídico da acessão mobiliária ou imobiliária.

Para Pontes de Miranda ocorre a acessão, sempre que algo, ou parte integrante essencial, ou não essencial, de alguma coisa, que existe sozinha e distinta, portanto, como coisa independente, ou que existe, sozinha como pertença, venha criar parte integrante de outra. A exemplo, a folhagem que floresce em meu quintal. Acabam para a coisa que assente, o existir e o ser independente; com essa eliminação da existência, e não apenas da independência, por parte do objeto é que extingue o objeto de toda relação jurídica de propriedade ou obrigação que por ventura houvesse. O proprietário da coisa que a outra acede passa a ser, desde a ocasião da união, dono também da outra⁴¹.

A acessão é uma forma originária de aquisição da propriedade. Nada tem com o que aconteceu na história da coisa, que se prendeu a outra. Se alguém a perdeu, isso só para os

⁴⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo – **Direito Civil: Parte Geral**, p. 328.

⁴¹ MIRANDA, Pontes - **Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Tomo XI. Direito das Coisas: Propriedade. Aquisição da Propriedade Imobiliária**, p. 155.

proprietários, tal fato teria importância; mas, sendo a acessão modo originário, o que foi proprietário nada tem com o título novo. O adquirente por acessão abstrai do passado, porque o instituto não vê *história de titulares*. Não importa indagar-se, antes de mim, se a coisa, que acedeu à minha, teve dono ou donos⁴².

1.5.3. A acessão natural

No Direito português a regra geral da acessão natural está prevista no art. 1.327º, dispondo que pertence ao dono da coisa tudo o que a esta acrescer por efeito da natureza, acontecendo, desta forma, uma ampliação imediata do direito real em relação a tudo o que acrescer à coisa, em razão de acontecimentos da natureza. Que conforme art. 1.317.º, alínea d, o momento da obtenção do direito de propriedade, no caso de ocupação e acessão, é o da verificação dos factos respectivos.

Conforme José Alberto Vieira, o Direito português afastou a orientação do Código Civil francês de aceitar incluído na definição de acessão os frutos (abrangendo as crias dos animais) e produtos realizados por uma coisa. O que é realizado pelo poder de reproduzir da coisa (ou do animal) ou é criado por ela (produtos), por motivo de reações químicas ou orgânicas, não ocasiona a aquisição por acessão. A acessão só se aplica a coisa *nullius*. Pelo regime da avulsão fica evidenciado que a aquisição da propriedade sobre a coisa que se acresceu supõe que sobre ela não incida um direito que pertence a outrem⁴³.

A lei portuguesa também distingue a acessão natural em razão da força das águas, diferenciando os casos de aluvião (art. 1.328º), quando a água age de forma sucessiva e imperceptível, da avulsão (art. 1.329º), quando a força da água se dá de forma instantânea e violenta, contemplando no art. 1.330º os fenômenos de alteração de leito da corrente, também, a formação de ilhas e mouchões (art. 1.331º) e de lagos e lagoas (art. 1.332º).

Na situação de *aluvião*, estabelece-se que pertence aos proprietários dos prédios confinantes com quaisquer correntes de água de tudo que por ação das águas se lhes unir ou nelas for depositado, sucessiva e imperceptivelmente (art. 1328.º, nº 1). A mesma atribuição ocorre em relação ao terreno que insensivelmente for deslocando por ação das águas, de uma das margens para a outra, ou de um prédio superior para outro inferior, sem que o proprietário do terreno perdido possa invocar direitos sobre ele (art. 1328.º, n. 2). A justificativa para este

⁴² Idem, p. 155.

⁴³ VIEIRA, José Alberto - **Direitos Reais**, p. 626.

entendimento é a situação, que em razão da lentidão do processo, não ser possível a localização dos objetos ou pedaços de terra que foram sendo transportados pelo que se explica conceder a propriedade da coisa principal⁴⁴.

Nos termos do art. 1250 do Código Civil brasileiro, aluvião significa os acréscimos formados, sucessiva e imperceptivelmente, por depósitos e aterros naturais ao longo das margens das correntes, ou pelo desvio das águas destas, pertencem aos donos dos terrenos marginais, sem indenização. Conforme dispõe parágrafo único: “O terreno aluvial, que se formar em frente de proprietários diferentes, dividir-se-á entre eles, na proporção da testada de cada um sobre a antiga margem.”

Assim, são duas as maneiras de aluvião, sendo que a aluvião própria retrata o acréscimo progressivo de terras às margens do curso d’água, de forma imperceptível e lenta; são verdadeiros desvios de águas ou depósitos naturais. Tais acréscimos são atribuídos aos donos dos terrenos marginais, conforme regra de que o acessório acompanha o principal. Pode-se afirmar que na aluvião própria a terra vem, na aluvião imprópria, a terra vai, por assim dizer, o rio vai embora⁴⁵.

Quando se tratar de avulsão, o Código Civil português dispõe que por acção natural e violenta, a corrente arrancar quaisquer plantas ou levar qualquer objecto ou porção conhecida de terreno, e arrojá-las sobre prédio alheio, o dono delas tem o direito de exigir que lhes sejam entregues, contanto que o faça dentro de seis meses, se antes não for notificado da remoção no prazo judicialmente assinado (art. 1329.º, n. 1). Nesse sentido, uma vez que a força súbita e violenta da acção possibilita o reconhecimento de quais os objectos, ainda se reconhece ao proprietário dos objectos que se transferiram um lapso de tempo para reclamar a sua devolução, não ocorrendo nessa hipótese a acessão. Entretanto, passado o tempo sem que a retirada seja efetuada, a acessão se dá como nas hipóteses de aluvião (art. 1.329º, nº. 2)⁴⁶.

Por outro lado, conforme o art. 1.251, *caput*, do Código Civil brasileiro, a avulsão ocorre “quando por força natural violenta, uma porção de terra se destacar de prédio e se juntar a outro, o dono deste adquirirá a propriedade do acréscimo, se indenizar o dono do primeiro ou, sem indenização, se, em um ano, ninguém houver reclamado”. A avulsão é uma porção de terra avulsa, que se transporta de um terreno, por força natural da correnteza, para se unir a outro.

⁴⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - **Direitos Reais**, p. 238.

⁴⁵ TARTUCE, Flávio - **Manual de Direito Civil**, p. 928.

⁴⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - **Direitos Reais**, p. 239.

Conforme o parágrafo único do art. 1.251 do Código Civil brasileiro que, se negando ao adimplemento de ressarcimento, o dono do prédio a que se anexou a fração de terra deverá assentir que se restitua o pedaço acrescido. A regra é a indenização, e não sendo essa cumprida pelo devedor, será permitida ação de obrigação de fazer, que incluirá a tutela específica, como multa ou *astreintes*⁴⁷.

As regras da aluvião e da avulsão são aplicáveis com as alterações exigíveis à formação de ilhas e mouchões na corrente de água. Como a evolução da formação é gradual, estas serão atribuídas ao proprietário da parte do leito ocupado (art. 1.331º, nº 1). Entretanto, se as ilhas ou mouchões forem criadas por avulsão, o dono do terreno onde a perda tenha acontecido possui o direito de retirada, conforme o estabelecido no art. 1.329º.

Pontes de Miranda refere que aluvião é o acréscimo que se acumula no álveo do rio de maneira a crescer a área do imóvel. As águas, desvencilhando do outro imóvel, ou de outros imóveis, partículas ou mesmo blocos, transportam-no para o vizinho, podendo ser ou não o confinante. O problema de identificar se a apropriação é de partícula individualizada, ou de totalidade, não tem nem mesmo importância jurídica. As cercas, muros, barragens, muralhas e estacas que amparam das águas o terreno ou o circundam com outro intuito protetivo, ou não, de modo algum obstam a que se dê a aquisição pela aluvião para além da cerca, muro, barragem, muralha ou estacas, desde que o lugar em que se deu o incremento seja álveo que corresponda a águas pertencentes ao terreno incrementado⁴⁸.

Segundo Pontes de Miranda, avulsão, no sentido habitual, é a extração de porção do terreno por forças da natureza tais como terremotos, correntes fluviais ou desabamentos. Para que haja a avulsão é preciso que aconteça a *coalitio* (coalizão), que é o adicionar. A aderência natural tem de dar-se; se a coisa não é suscetível de aderência natural, de coalizar, não há de pensar em aquisição pela avulsão. Os blocos de mármore que o rio arrancou e depôs, no outro terreno sem os ter soterrado, a ponto de não valer a pena desenterrá-los, não aderiram à outra propriedade, e são coisas que, embora partes integrantes ou pertenças da propriedade desfalcada, se “mobilizaram” e como bens móveis se hão de tratar⁴⁹.

No caso de mudança de leito de corrente, a situação é diferente, conforme disposto no art. 1330.º, n. I, do Código Civil português, que dispõe: “Se a corrente mudar de direção, abandonando o leito antigo, os proprietários deste conservam o direito que tinham sobre ele e

⁴⁷ Idem, p. 931.

⁴⁸ MIRANDA, Pontes - **Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Tomo XI. Direito das Coisas: Propriedade. Aquisição da Propriedade Imobiliária**, p.164.

⁴⁹ MIRANDA, Pontes - **Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Tomo XI. Direito das Coisas: Propriedade. Aquisição da Propriedade Imobiliária**, p.167.

o dono do prédio invadido conserva igualmente a propriedade do terreno ocupado novamente pela corrente”. As mesmas regras são aplicáveis se a corrente se dividir em dois braços, mas sem abandonar o leito antigo (art. 1330.º, nº 2, do CCP).

O álveo abandonado é a corrente de água ou o rio que seca (deixa de existir). Conforme o art. 1.252 do Código Civil brasileiro, “o álveo abandonado de corrente pertence aos proprietários ribeirinhos das duas margens, sem que tenham indenização os donos dos terrenos por onde as águas abrirem novo curso, entendendo-se que os prédios marginais se estendem até o meio do álveo”.

O raciocínio se dá da mesma forma para a formação de ilhas, que são tiras de terra rodeadas de água em todas as margens, sendo necessário estipular um meridiano no rio, conferindo quais as metragens das bordas. A partilha deve ser igual entre a margem da esquerda e a da direita, pois a distância delas até o meio do rio deve ser igual, ou seja, metade para cada lado.

A formação de ilha no leito de rios não navegáveis dá nascimento à propriedade dos titulares das margens ribeirinhas na mesma proporção de suas testadas. O fenômeno pode nascer da sedimentação progressiva que faz surgir a ilha ou ainda pode ser rebaixamento de águas que acaba mostrando o solo no leito do rio. As ilhas que se formam na metade do rio são referidas como acréscimos aos terrenos ribeirinhos. Reparte-se o rio pelo meio do álveo, separando-se a ilha em duas metades.

Importam ao Direito Civil apenas as ilhas geradas em rios em que não é possível a navegação, por fazerem parte do domínio entre particulares, segundo determina o Código das Águas (Decreto 24.643/1934). As ilhas lacustres e as fluviais de zonas de fronteira, ilhas costeiras ou oceânicas são União, dos Municípios (art. 20, inciso IV, da CF/1988) ou dos Estados Federados (art. 26, incisos II e III, da CF/88).

1.5.4. Acessão industrial mobiliária

No entendimento Luís Manoel Teles de Menezes Leitão, a acessão industrial mobiliária pode se constituir de três modos, expostos na união, que ocorre da junção de dois ou mais objetos formando um novo, não mais se conseguindo separar a coisa; a confusão, a qual decorre da reunião de objetos, que deixam de ser individuais; e a especificação, quando alguém transforma com seu trabalho alguma propriedade de outra pessoa. Exemplos de especificação são a pintura, a escrita, a fotografia, a gravura (1338.º)⁵⁰.

⁵⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - **Direitos Reais**, p. 239.

A acessão industrial mobiliária exige o não retorno das coisas ao estado anterior, ou seja, sua forma originária, ou, se for possível, ocasione perdas aos envolvidos. Quando se puder fazer, sem perdas à situação anterior, deixa de caracterizar como acessão industrial mobiliária.

A especificação é tratada de forma autônoma, diferenciando se o autor tinha boa ou má-fé. Já a união e a confusão são tratadas conjuntamente, distinguindo somente se são realizadas voluntária ou casualmente e, se for de forma voluntária, se o autor estava de boa ou má fé.

O regime português da acessão industrial mobiliária distingue três hipóteses:

- A união ou mistura (confusão) feita de boa-fé (art. 1.333.º);
- A união ou mistura (confusão) feita de má-fé (art. 1.334.º);
- A união ou mistura (confusão) casual (art. 1.335.º).

Sendo a união ou confusão o resultado da ação do homem que a realizou de maneira proposital, há que se ver se foi realizada de boa ou má-fé pelo autor (arts. 1.333.º e 1.334.º).

Quando alguém de boa-fé unir ou confundir, de maneira que não se possa separar duas ou mais coisas móveis, o ordenamento jurídico interfere, concedendo a um dos titulares das coisas unidas ou misturadas a titularidade sobre o soma que surgiu (art. 1.333.º).

Conforme o art. 1.333.º, n.º 1, o critério para diferenciar a qual dos titulares pertencerá a coisa é o do valor do bem. Terá poder sobre a acessão o titular da coisa misturada ou unida de valor maior.

Se as coisas misturadas ou unidas tenham valor igual, nesse caso, a lei concede aos proprietários o poder de decidir a quem será atribuída a coisa adjunta (art. 1.333.º, n.º 2). Na falta de acordo poderá haver licitação e o direito de tornar dono da coisa pertencerá ao proprietário que der o maior lance. Se não houver consenso entre os titulares sobre a qual pertencerá a coisa adjuntada, e eles tiverem negado à licitação, realizar-se-á a venda do bem.

O art. 1.334.º, n.º 1 regula a possibilidade que não trata acessão. Existindo possibilidade de separar as coisas, sem seu prejuízo, o titular poderá reivindicar a coisa que lhe pertence, se não tiver realizado a junção, ele terá o direito de ser ressarcido (art. 1.334.º, n.º 1).

Possibilidade de acessão consta no n.º 2 do art. 1.334.º. Se alguém de má fé misturar ou unir coisa sua com uma alheia o dono da coisa alheia poderá tirar proveito da acessão, indenizando o autor da mistura conforme as normas do enriquecimento sem causa, ou exigir deste indenização no equivalente da coisa que é de sua propriedade, acrescentando um valor pela transgressão do direito de propriedade. O agente dessa reunião será beneficiado pela acessão, mas terá de indenizar a coisa misturada ou unida ao proprietário e ressarcir-lo do prejuízo provocado.

As regras da união ou mistura casual são as mesmas da acessão industrial mobiliária feita de boa-fé, salvo o direito conferido ao proprietário da coisa adjunta, que não provocou a mistura ou união, de ser ressarcido conforme previsto no art. 1.333º, n.º 4.

O art. 1.335º, aparentemente, trata de situações nas quais a mistura ou união resulta do facto de terceiro que pode ser intencional ou não.

1.5.5. Acessão industrial imobiliária

A matéria é contemplada no Código Civil português a partir de quatro hipóteses.

São elas:

- Obras, sementeiras e plantações em solo próprio com materiais alheios (art. 1.339.º);
- Obras, sementeiras e plantações feitas em terreno alheio, distinguindo-se a boa-fé ou a má-fé do autor da união (art. 1.340.º e 1.341.º);
- Obras, sementeiras e plantações feitas com materiais alheios em terreno alheio (art. 1.342.º);
- Prolongamento de edifício por terreno alheio (art. 1.343.º).

A acessão industrial imobiliária é quando ocorre a obtenção da propriedade sobre coisas em razão do fazimento de obras, sementeiras, plantações em imóvel, sendo possível essa obtenção relacionar ao imóvel, ou com os materiais, sementeiras, plantas utilizadas.

Em caso de realização da obra, sementeira ou plantação em terreno próprio, com materiais, sementes ou plantas alheias, a legislação admite a obtenção pelo autor da integração dos materiais, sementes ou plantas utilizadas, pagando o respectivo valor, mais a indenização que seja cabível (art. 1.339.º).

Se forem realizadas obras, sementeiras ou plantações em terreno alheio com materiais, sementes ou plantas próprias, será necessário verificar se o titular da integração agiu de boa ou má-fé.

Se a união tiver sido realizada de boa-fé, o direito à acessão se dá conforme o valor que a obra, sementeira ou plantação tiver agregado ao prédio. Se a elevação do valor, agregada pelo incremento material ao prédio, for superior à avaliação que possuía antes da comunhão, o benefício à acessão se dá ao autor desta, em prejuízo do titular do prédio (art. 1.340º, n.º 1).

Não é qualquer valorização que concede o direito à acessão ao autor do implante, mas somente se o valor agregado ao imóvel extrapolar aquele do tempo da reunião, então a acessão pertencerá ao autor da incorporação.

José Alberto Vieira refere que o art. 1.340.º, n.º 1, possui relevante derrogação ao preceito *superficies solo cedit*, o qual expõe que tudo aquilo que se planta, constrói ou semeia sobre o solo ou subsolo do prédio passa a ser do titular deste. Essa que era regra absoluta para os romanos e, nos dias conjunturais, encabeça resoluções das principais normas jurídicas na Europa. Mas no Direito de Portugal foi deixada de lado de forma absoluta. Entretanto, o Direito português retorna ao brocado *superficies solo cedit*, quando a implantação não traz ao imóvel valorização maior do que possuía anteriormente à reunião. Nesse caso, a acessão é deferida ao proprietário do prédio (art. 1.340.º, n.º 3)⁵¹.

Se o autor da incorporação estiver de má-fé, a lei concede ao proprietário do terreno o direito de pleitear que a sementeira, a obra, ou a plantação seja desfeita sendo o terreno devolvido ao estado anterior, às expensas do autor, ou se o desejar, a possibilidade de permanecer com a obra, sementeira ou plantação pelo valor determinado conforme as normas de enriquecimento sem causa (art. 1.341.º).

Caso sejam realizadas obras, sementeiras ou plantações em terreno alheio com materiais, sementes ou plantas alheias, a lei atribui ao proprietário dos materiais, sementes ou plantas os direitos que o art. 1.340.º concede ao autor da incorporação, tanto esteja de boa-fé, quanto de má-fé (art. 1.342.º, n.º 1). Se o dono dos materiais, sementes ou plantas proceder com culpa, passa a ser disciplinado pela regra do art. 1.341.º. Se o que provocou a incorporação estiver realmente de má-fé, a responsabilidade de ambos é solidária, sendo a repartição do enriquecimento realizada em proporção do preço das sementes, mão de obra, materiais, ou plantas (art. 1.342.º, n.º 2).

Por fim, no caso da construção de edifício em terreno próprio determinar a ocupação de boa-fé, de parte do terreno alheio, quem construiu pode comprar o terreno ocupado, se decorrido três meses do princípio da ocupação, sem qualquer manifestação do proprietário, desde que pague o preço do terreno e repare o eventual prejuízo causado (art. 1.343.º, n.º 1)⁵².

1.6. Ocupação

Nos termos do artigo 1.318.º do Código Civil português, aquele que assenhorear de coisa sem dono, para logo adquirir a propriedade, não sendo essa ocupação proibida por lei, a pessoa que obtém bem que não é de propriedade de outro (*res nullius*) o adquire de maneira originária, pela forma chamada de ocupação.

⁵¹ VIEIRA, José Alberto – **Direitos Reais**, p. 631.

Nas palavras de Rui Pinto Duarte, a ocupação reside no apoderamento de algo que não possui dono ou, na apreensão material de uma coisa sem proprietário com o fim de a possuir. Esta definição merece duas notas, a primeira, a evidenciar que só podem ser ocupadas coisas sem dono; a segunda, salienta ser o ato de apropriação em causa muito próximo do apossamento, a propósito da posse⁵³.

Atualmente, a relevância social da ocupação como maneira de adquirir a propriedade é baixa. No Direito português atual, só as coisas móveis são suscetíveis de ocupação (art. 1.318.º). Os bens imóveis, sem proprietário identificado, são pertencentes ao Estado (art. 1.345.º).

A técnica utilizada no Código Civil para regular a ocupação consiste na proposição geral (art. 1.318.º) seguida de várias proposições para casos específicos. É possível ser objeto do instituto da ocupação a coisa que foi abandonada por alguma pessoa em razão da derrelicção (*res derelictae*). A coisa abandonada (*res derelictae*) não é o mesmo que algo perdido (*res perditae*).

Quem perdeu uma coisa não significa dizer que perdeu sua propriedade; estará privado de exercer o domínio enquanto não a localizar, o que não quer dizer que deixará de ser o dono. A ocupação só se concretiza quando a coisa for abandonada, jamais se for perdida⁵⁴.

Ao referir-se ao achamento de animais e outras coisas, possivelmente perdidas, o legislador não permite a apropriação pelo achador, impondo-lhe no caso de a pessoa do dono ser sua conhecida, a obrigação de devolvê-la, ou o conhecimento às autoridades (art. 1.323.º).

1.7. O Achamento e a Aquisição de Tesouro

O achamento está disciplinado nos arts. 1.323.º e 1.324.º do Código Civil português, distinguindo-se da ocupação por não dizer respeito a *res nullius*, mas a animais e coisas móveis que o dono perdeu. Nesta situação ainda não ocorreu um ato voluntário para colocar término à propriedade, pois essa ainda não se considera perdida, assim, a aquisição pela pessoa do achador é sujeita a regime particular.

Os direitos da pessoa que achou mudam conforme digam respeito a animais ou coisas móveis que foram perdidas, mesmo os tesouros.

Com respeito às coisas móveis e animais perdidos, o art. 1.323.º, n.º 1, dispõe que aquele que os localizar e conhecer seu dono deve devolvê-los ou avisar do achado. Se não conhecer o dono do animal ou coisa móvel, aquele que os localizar deve fazer anúncio do achado na forma mais adequada. Procedendo ao anúncio do tal, o achador torna-se a coisa perdida ou o animal,

⁵³ DUARTE, Rui Pinto - **Curso de Direitos Reais**, p. 52.

⁵⁴ TARTUCE, Flávio - **Manual de Direito Civil**, p. 964.

se não for reivindicada pelo dono no período de um ano, a contar da data do anúncio (art. 1.323º, nº 4). Restituído o animal ou a coisa, o achador possui o direito à indenização do prejuízo que teve e despesas que realizou (art. 1.323º, nº 5). O achador possui direito de retenção e não responde, no caso de deterioração do animal, coisa, ou ainda perda, salvo se tiver procedido com dolo ou culpa grave (art. 1.323º, nº 6). O achador do animal, se suspeitar de maus-tratos por parte do proprietário, pode retê-lo (art. 1.327º, nº 7).

A aquisição de tesouro diferencia-se do achamento e da ocupação, disposta no art. 1.323º, pois trata-se da forma exclusiva de coisas móveis com valor expressivo que foram escondidas pelo próprio dono. Não deixa de ser um tipo de achamento, com a característica de tratar das coisas de valor econômico estimado. Quando não se puder identificar o dono, a legislação atribui ao achador metade do achado, sendo a outra metade do dono da coisa onde o tesouro foi enterrado (art. 1.324º, nº 1). Nesta hipótese, o achador deve informar o achado avisando as autoridades, salvo se o tesouro tiver sido enterrado no local, há mais de vinte anos (art. 1.324º, nº 2). Se o achador não cumprir a norma, torná-lo seu, mesmo conhecendo o verdadeiro dono, ou esconder do proprietário do lugar aonde foi encontrado, perderá para o Estado os direitos conferidos no nº 1, do artigo (art. 1.324º, nº 3).

1.8. Aquisição da Propriedade Móvel no Brasil

O Código Civil brasileiro, ao disciplinar os vários modos de aquisição, deixa claro a diferença entre as propriedades imóvel e móvel, atribuindo-lhes tratamento diferenciado ao salientar as maneiras de aquisição para cada espécie de bem.

O Código Civil português, no artigo 1.302º, dispõe que as coisas corpóreas, móveis ou imóveis, podem ser objeto do direito de propriedade, sem distinguir entre móveis e imóveis.

O consumo e a indústria dos tempos modernos atribuem nova dimensão aos bens móveis. Expande a eminência dos bens de consumo, cada vez mais descartáveis e provisórios, mas importantes para a vida do homem conjuntural. Entretanto, ainda se encontra no imóvel o vigor da economia. Aos móveis está destinado o papel do trânsito da riqueza e dinamismo da vida urbana.

Considerando este momento da história da sociedade, deixa de ter relevância a maior parte das formas de aquisição de bens móveis disciplinadas nos ordenamentos. Ressalta-se a tradição como a forma mais relevante da aquisição de bens móveis.

O Código Civil brasileiro, de 2002, dispõe da seguinte ordem, a partir do artigo 1.260º: usucapião, ocupação, achado do tesouro, tradição, especificação, confusão, comistão e

adjunção. A ocupação e a usucapião são modos originários de aquisição da propriedade. As demais formas são derivadas. Por sua vez, a invenção ou descoberta, de modo geral, não permite a aquisição da propriedade

No Brasil existem duas formas de usucapião de bens móveis, a ordinária (art. 1.260º do CC) e a extraordinária (1.261º do CC).

Os requisitos da usucapião ordinária de bens móveis são a posse mansa, pacífica com intenção de dono por três anos, o justo título e a boa-fé. Se a posse do bem móvel estender por cinco anos, conduzirá à usucapião extraordinária, independentemente de título ou boa-fé, que de forma absoluta se presumem.

Partindo para as formas derivadas de aquisição da propriedade móvel no Código Civil brasileiro, a especificação equivale na transformação da coisa em uma nova espécie, em razão do trabalho do próprio especificador, não sendo mais viável retornar à forma anteriormente tida (1.269º do CC). Existe especificação nos exemplos da pintura em relação à tela, da escultura em relação à pedra, da poesia em relação ao papel. A modificação é relevante, pois adveio uma espécie totalmente nova.

O Código Civil brasileiro também disciplina a confusão, comistão e adjunção, três categorias que são maneiras derivadas de aquisição da propriedade móvel, se fazem presentes quando coisas pertencentes a pessoas diferentes se misturam de maneira a não ser mais possível separá-las. A confusão é a mistura de coisas líquidas (ou gases), em que não é mais viável separá-las. A comistão é a mistura de coisas secas ou sólidas, não sendo possível a separação. Já a adjunção é a sobreposição ou justaposição de uma coisa sobre outra, não sendo possível a separação. A exemplo o selo valioso em álbum de alguém que coleciona, e a tinta em relação à própria parede.

A tradição (*traditio rei*) é a entrega do bem à pessoa que adquire, com o fim de lhe transferir a posse ou mesmo a propriedade. Conforme estabelece o artigo 1.267º do Código Civil, de 2002, propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição. A tradição é real, simbólica ou ficta, ou seja, quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório. Quando aquele que adquire já se encontra na posse da coisa, a tradição também é ficta – *traditio brevi manu*. A tradição é simbólica – *traditio longa manus*, quando aquele que transmite a posse cede ao que a adquire a restituição da coisa, que está com terceiro.

2. A POSSE

2.1. As Coordenadas Gerais da Posse

Ensina Manuel Rodrigues, nas palavras de Ihering, que “a propriedade sem a posse será um tesouro sem a chave para o abrir, uma árvore frutífera sem a escada necessária para lhe colher os frutos”. A faculdade de atuar sobre as coisas e nelas exercer poderes necessários à sua utilização econômica é, claramente, elemento essencial dos direitos reais de gozo, de alguns direitos reais de garantia e de certos direitos pessoais. Chamaram-lhe os antigos de *jus possidendi*. A posse retrata poder de fato, independente, em relação às coisas, a exterioridade de um direito real⁵⁵.

Conforme António Menezes Cordeiro, a posse é um instituto antigo. Hoje, ela enfrenta sociedades e litígios distantes do que poderiam ter pensado os seus longínquos cultores. A atualidade do discurso sobre a posse prende-se com a diferenciação crescente das facetas do instituto, além do maior afinamento dos conceitos operacionais. A dogmática atual retirará da posse e do patrimônio histórico-cultural, que ela representa, valores mais profundos da humanidade. A posse está no coração do Direito Civil, ele próprio, no cerne do sistema jurídico português, enquanto ordenamento românico⁵⁶.

A posse nos alcança por meio de pesado lastro do Direito romano. Os romanos estudaram o instituto da posse, a descreveram como a situação de alguma pessoa que possui o poder de fato em relação à coisa, seu senhorio e domínio, isso no sentido material, sem importar título de aquisição, qualidade do direito real sobre a coisa, mesmo que essa situação de fato haja surgido de forma ilícita, como no caso do furto⁵⁷.

A posse, desde os romanos, é distinta da propriedade. É possível ser proprietário e não ter posse, o contrário também o é, no entanto, nem todas as pessoas que possuíam o poder de fato eram tidas como possuidores. É cabível diferenciar a *possessio naturalis* da *possessio*, também, da *possessio civilis*.

A *possessio naturalis*, chamada de *possessio corpore*, não trata de genuína posse, mas da detenção. Na detenção é observado o efetivo exercício de poderes em relação ao bem, por alguma razão, não se deve conceder a quem exerce esses poderes os efeitos dados à posse. O

⁵⁵ RODRIGUES, Manuel - **A Posse: Estudo de Direito Civil Português**, p. 4.

⁵⁶ CORDEIRO, António Menezes - **A posse: perspectivas dogmáticas atuais**, p. 13.

⁵⁷ VIEIRA, José Alberto - **Direitos Reais**, p. 467.

detentor também possui o componente de fato que está no âmago da posse, sem possuir o intuito de exercitar um direito próprio, o *animus possidendi*, ele atua em nome de outro que é o possuidor.

Nas palavras de José Alberto Vieira, a *possessio* é a posse, em contraposição com a detenção, no Direito romano ela possui um componente material, que os romanos chamavam *possidere corpore* e que surge depois chamado de *corpus*, e ainda um elemento subjetivo, chamado de *animus possidendi*. Quem possui o *corpore possidere* sem o *animus possidere* é meramente detentor⁵⁸.

A *possessio* aparece designada, por vezes, como *possessio ad interdicta*, justamente porque permite a defesa por interditos. A tutela dos interditos é um tipo de tutela permitida para proteger a posse contra os atos de esbulho ou turbação praticados por terceiros.

Por fim, a *possessio civilis* retrata a posse chamada qualificada, por ser a posse com fundamento em *justa causa*, ou seja, fato reconhecido pelo direito para fazer a transferência da propriedade, independentemente de ser esse fato válido. A exemplo, a compra e venda, mesmo viciada, caracteriza um título justificativo da posse, mesmo inapto para transferir a propriedade.

A *possessio civilis* era classificada como direito, ao contrário da *possessio*. A *possessio civilis* é a posse para pleitear a aquisição da propriedade para a usucapião. Por vezes, conhecida como *possessio ad usucapionem*, pois ser conservada por um lapso de tempo, ela possibilita ao possuidor o reconhecimento do domínio.

Segundo Pires de Lima e Antunes Varela, entre o conceito de posse estabelecido no artigo 1.251º e o conceito do artigo 774.º do Código de 1867, existe profunda diferença, não só sob o ponto de vista da forma, como do aspecto substancial. Enquanto naquele código se permitia a posse de direitos, sem qualquer restrição, limita-se a posse, no novo diploma, ao exercício aparente do direito de propriedade, mesmo outros direitos reais, direitos estes que só podem incidir sobre coisas. Regressou-se aos preceitos romanistas que não admitiam, senão em casos excepcionais, a posse de direitos. A reação contra o *juris possessio* acentuou-se nos códigos mais modernos. Como no artigo 1140.º do Código italiano de 1942, que inspirou o artigo 1251.º, insere na posse, tal como o nosso Código, a correspondência ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real⁵⁹.

Mas quais são, concretamente, as figuras susceptíveis de posse? Que situações cobre o instituto possessório? Estão fora de discussão todas as situações reguladas no Livro III do

⁵⁸ VIEIRA, José Alberto – **Direitos Reais**, p. 468.

⁵⁹ LIMA, Pires de; VARELA, Antunes - Código Civil Anotada, p. 3.

Código Civil: a propriedade, o usufruto, o uso e a habitação, o direito de superfície, e as servidões.

Para Pires de Lima e Antunes Varela o instituto da posse está fundado na proteção das situações em que o relacionamento do titular com a coisa são excludentes e afastam a possível existência de outras relações por parte de terceiros. Isso só acontece com coisas corpóreas. Assim, a propriedade industrial, os direitos de autor, em razão de incidirem sobre coisas incorpóreas, podem ser praticados por um número de pessoas de forma ilimitada. A aplicação do regramento da posse à propriedade industrial ou aos direitos de autor atingiria o regime especial desses diplomas. Seriam frequentes as situações de conflito, o que vem, mais uma vez, provar que, se o legislador tivesse em mente a existência dum instituto possessório, em relação à propriedade intelectual, seria nos diplomas especiais respectivos que essa matéria deveria ter a sua regulamentação⁶⁰.

Além de corresponder a um conceito jurídico, com o conteúdo indicado no artigo 1251.º, a posse é também utilizada na linguagem coloquial para demonstrar que o conceito se embasa na fruição material da coisa e na sua retenção.

No dizer de Abílio Neto estão excluídos da posse os direitos reais de garantia, pelo menos é o que se deduz do artigo 670.º, al. a. Os direitos reais de aquisição estão, também, afastados da posse. Isto porque estes direitos, como o direito de preferência, são direitos não duráveis. O seu exercício ocorre somente em um ato. Não existe a circunstância que dure que a posse necessita. Os direitos reais de gozo - esses sim - são passíveis de posse, podem ser objeto de posse, o usufruto e a servidão⁶¹.

Anota ainda, o autor, que a posse só é aceita em coisas capazes de ser objeto do direito de propriedade. É permitida a posse de coisas públicas, nas situações em que sobre elas haja direitos adquiridos de natureza real, a exemplo, nos direitos reais de gozo. Não são suscetíveis de posse as coisas que estão fora do comércio, as chamadas dominicais – al. b) do n.º I do artigo 1267.º e também os direitos reais de aquisição e, ainda, os de garantia (Henrique Mesquita, *Direitos Reais*, 1966, 75 e ss.)⁶².

2.2. Noção de Posse

O artigo 1.251.º do Código Civil português conceitua a posse como o “poder que se manifesta quando alguém atua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade,

⁶⁰ Idem, p. 3.

⁶¹ NETO, Abílio - *Código Civil Anotado*, p. 1150.

⁶² Idem, p. 1.151.

ou de outro direito real”. Pelo instituto da posse tutela-se a exteriorização do direito, sem se averiguar a respeito da titularidade.

Segundo António Santos Justo, são vários os problemas que está noção, aparentemente simples, proporciona. Para o autor a posse forma um dos capítulos mais difíceis do nosso Direito Civil. Afirma que é, aliás, uma afirmação que não surpreende porque “quando esteja em causa uma realidade muito simples, a formulação conceptual (...) torna-se mais complexa do que a realidade que pretende figurar⁶³”.

A posse consiste no controle material da coisa corpórea conforme um direito. Sem o controlo físico da coisa não se adquire a posse, que repousa na situação em que existe o senhorio de alguém sobre a coisa corpórea, sua continuidade requer a permanência da situação da coisa ao possuidor, sob pena de extinção.

O controle material da coisa e a exteriorização de um direito ligado a esse controlo são os elementos estruturantes da posse, a partir dos quais se torna possível a respectiva definição.

As razões da proteção prendem-se com a proteção da paz pública e da continuação das relações jurídicas. Se alguma pessoa, de forma violenta, perturba a utilização exercida de forma duradoura da coisa, o Direito, para coibir a situação, não tem que provar que o atingido é titular de direitos em relação à coisa. A demonstração de que exerce poderes sobre tal coisa basta à postulação da manutenção da coisa. A possibilidade da posse ser resguardada, sem necessidade de ser o titular do direito, faz com que se distinga entre posse formal, quando o exercício de fato sobre a coisa não se faz acompanhar da titularidade do direito, e posse causal, na qual o titular do direito exercita a posse. Para se resguardar a tutela possessória é irrelevante o fato de o possuidor ser titular do direito ou não⁶⁴.

Para António Santos Justo, a posse exerce principalmente duas funções, a de proteger o possuidor enquanto não existir precisão sobre o real titular do direito real, fornecendo-lhe a tutela; e institui um meio de chegar a esse direito real. Por isso, ressalta-se que a “posse é um bem no presente e um sinal no futuro”. A posse afirma-se como um instituto que garante a paz das relações jurídicas quando não há certeza sobre o direito⁶⁵.

Na posse é usual diferenciar-se dois planos, a situação de fato que está no seu nascedouro e que significa o exercício concreto de poderes sobre a coisa e a situação de direito, mas afora a situação de fato, dá-se a delegação dos efeitos jurídicos da posse ao possuidor.

⁶³ JUSTO, A. Santos - **Direitos Reais**, p. 163.

⁶⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - **Direitos Reais**, p. 103.

⁶⁵ JUSTO, A. Santos - **Direitos Reais**, p. 164.

Assim, a posse trata ordinariamente de situação jurídica, vez que ocorrendo o exercício fático sobre a coisa, o possuidor passa a ter a proteção possessória.

Antônio Menezes Cordeiro salienta que a posse tem dimensão instrumental. Ao tutelar a posse, a lei não visa apenas garantir o gozo do beneficiário: fosse esse o caso a posse estaria delimitada pelos direitos reais de gozo. Na posse pretende-se uma ligação à coisa, impedindo ingerências estranhas. Atualmente, como no próprio Direito Romano, está consumada a possibilidade de aproveitamentos “artificiais” das coisas, em termos de garantia ou aquisição. A posse pode estar instrumentalizada a tais aproveitamentos: caso do penhor. Aqui encontra-se a profunda motivação para o alargamento da tutela possessória aos direitos reais de garantia ou de aquisição que possibilitam o apossamento⁶⁶.

2.3. Natureza Jurídica

Segundo José Alberto Gonzalez a posse é, no seu âmago, uma espécie de domínio de fato sobre coisa ou senhorio. Para determinar os efeitos é, em geral, sem relevância que o possuidor seja ao mesmo tempo titular do direito de fundo (propriedade, servidão predial, usufruto), sendo suficiente ter o controle material da utilização⁶⁷.

A natureza jurídica da posse é debatida, desde a Escola dos Comentadores, passando pela Pandectística. Questiona-se sobre o direito e o fato. A celeuma segue sendo discutida, acentuada por haver no Direito romano princípios que embasam ambas as situações.

Clóvis Beviláqua afirma que a posse é a manifestação da propriedade. É o *jus possidendi* pelo qual quem é proprietário, de modo geral, anuncia o seu poder sobre o que lhe pertence. Nesse sentido, não há que indagar se a posse é um fato ou direito. É o modo porque se exerce o direito de propriedade; é um dos elementos constitutivos desse direito⁶⁸.

Para Augusto de Penha Gonçalves, segundo certo entendimento, que vem de longe, a posse mais não seria que um facto a que a lei, por diversas razões, liga certas consequências jurídicas importantes, mas que não traduzem o reconhecimento ou a atribuição ao possuidor de qualquer direito subjetivo. Outra linha de pensamento, que remonta a Ihering, avisa da posse e investiria o possuidor em concreta situação jurídica subjectiva, qualificável como direito subjectivo para alguns autores, para outros, mero interesse legítimo ou legalmente protegido.

⁶⁶ CORDEIRO, Antônio Menezes - **Tratado de Direito Civil – XIII – Direitos Reais**, p. 645.

⁶⁷ GONZALEZ, José Alberto - **Direitos Reais**, p. 360.

⁶⁸ BEVILÁQUA, Clóvis - **Direito das Coisas**, p. 41.

Entretanto, a doutrina mais recente admite a posse, sendo em si mesma realidade factual, que origina a típica situação ativa, beneficiada pela lei com importantes efeitos jurídicos e adequada proteção, em termos de conferir ao possuidor a posição particularmente vantajosa⁶⁹.

O Código Civil português, em diversas situações configura a posse como um direito. Nesse sentido os artigos 46.º, n.º 1, 1.263.º, 1.266.º e 1.267.º. Entretanto, não poucas vezes a lei, para determinados efeitos, visualiza a posse como simples situação de facto, exposto nos artigos 1.251.º; 1.252.º, n.º 2; 1.254.º; 1.257.º, n.º 1; 1.260.º a 1.262.º; 1.287.º; outros. Quer isto dizer, que a posse revela, ora como mero facto jurídico, ora a situação jurídica subjetiva.

Para Augusto de Penha Gonçalves, a posse não pode, sem absurdo, ser havida como direito obrigacional, terá de ser qualificada como direito real, e assim o qualifica o artigo 46.º. Por outro lado, a inoponibilidade da posse a terceiros pessoas de boa fé, na hipótese do art. 1.281.º, n.º 2, não parece suficiente para excluir aquela qualificação. A posse também não é oponível ao titular do direito real a que ela corresponda (art. 1.278.º, n.º 1) sem que devido tal razão alguma vez lhe fosse recusada a qualificação de direito real. Perante o conflito entre o possuidor e o titular do direito real – a lei faz prevalecer a posição deste último. A solução é determinada pela lei com base na ponderação que ela faz dos interesses conflitantes, sem que por isso fique comprometida a natureza intrínseca do próprio direito. Se, por um lado, a posse traduz a situação de facto juridicamente relevante, reveste por outro, características que permitem qualificá-la como um direito subjetivo real⁷⁰.

Para Santos Justo a posse é o poder que se executa direta e de forma imediata sobre uma coisa corpórea certa e determinada; produz efeitos jurídicos, realizando o desejo do possuidor; e é garantida pelo ordenamento jurídico, apesar do possuidor não ser certificado na indagação de quem seja o titular do direito correspondente. Por isso, sem afastar qualquer das teorias existentes, parece ao doutrinador mais assertiva a doutrina que conceitua a posse o direito real de gozo, ainda que, provisório⁷¹.

Álvaro Moreira e Carlos Fraga afirmam que a posse não é mero fato, tem mais importância do que o fato; o seu diploma eleva a posse a um verdadeiro direito, mas o direito real provisório. Considera ser um direito, porque a posse retrata a situação jurídica subjetiva que atribui poder sobre a coisa que se sobrepõe em face de todas as outras pessoas, um direito real, susceptível de ser registrado e que pode ser exercida a sua defesa por meios dispostos no

⁶⁹ GONÇALVES, Augusto da Penha - **Curso de Direitos Reais**, p. 247.

⁷⁰ GONÇALVES, Augusto da Penha - **Curso de Direitos Reais**, p. 250.

⁷¹ JUSTO, A. Santos - **Direitos Reais**, p. 184.

ordenamento jurídico. Diz-se ser direito provisório, porque esta proteção pode se manter, ou não cessar, se não houver usucapião. Concluem que existirá sim direito, mas o direito tido como especial: um direito real provisório⁷².

Para José Alberto Gonzalez a assertiva de que a posse é modalidade de direito real exige que essa seja qualificada como verdadeiro direito subjetivo. A posse apresenta uma essência *sui generis*. A classificação de direito subjetivo é realidade que foi pensada, sendo essencialmente jurídica. A posse, entretanto, envolve dominação material sobre uma coisa, possui natureza puramente de fato. Assim, se as perspectivas jurídicas são reconhecidas como direitos subjetivos, não se vê empecilho para qualificar a posse também como direito subjetivo⁷³.

A posse deve ser classificada como situação jurídica ímpar. Os efeitos dela surgem geralmente por assimilação à aparência que demonstra. Em algumas vezes, acrescentar-se-á, para cada um dos efeitos produzidos, alguma explicação especial. Assim como se dá na usucapião, a vantagem objetiva em conseguir a sincronia entre a titularidade aparentemente demonstrada e a real; também na obtenção dos frutos produzidos, e na salvaguarda da boa-fé⁷⁴.

2.4. Posse e Detenção

Temática relevante a respeito da matéria da posse diz respeito à distinção conceitual entre a detenção e a posse. O detentor não deve ser equiparado com o possuidor.

O fâmulos da posse, gestor ou detentor dela, tem a coisa consigo apenas em razão do relacionamento de subordinação ou do encadeamento econômico. Não é possuidor aquele que, encontrando-se em relação de dependência para com a outra pessoa, conserva a posse em nome deste e cumpre instruções ou ordens suas.

O detentor exerce sobre o bem a posse em nome de outrem, ele não executa uma posse própria. Como não exerce posse, o ordenamento não lhe assegura postular as ações possessórias. No entanto, o detentor pode defender a posse de outrem através da autotutela.

Para Savigny, a detenção correspondia ao elemento físico ou material da posse. De modo diferente, no Direito português a detenção representa a circunstância em que alguém se encontra por força da incidência de norma jurídica que afasta a posse, nomeadamente, de alguma das alíneas do art. 1.253.º do Código Civil português.

⁷² MOREIRA, Álvaro; FRAGA, Carlos - **Direitos Reais**, p. 215.

⁷³ GONZALEZ, José Alberto - **Direitos Reais**, p. 363.

⁷⁴ GONZALEZ, José Alberto - **Direitos Reais**, p. 368.

Diz-se que o detentor é possuidor em nome alheio. O detentor é alguém que tendo a coisa consigo, atua sobre ela por conta de outra pessoa, servindo a exteriorização de direito da pessoa.

O detentor não tem o “poder de facto” sobre a coisa. O *corpus* possessório está com o possuidor. O detentor é um instrumento através do qual se efetiva o controlo material da coisa. Desta forma, o trabalhador que tem consigo o automóvel ou o telemóvel da empresa, para uso profissional, assegura o senhorio físico da sua entidade empregadora, não o seu, sobre a coisa, o *corpus* possessório cabe à empregadora, não ao trabalhador⁷⁵.

Prescinde-se do elemento *animus* para a qualificação dos casos de detenção. No Direito positivo português, o *animus* não tem qualquer relevo como elemento estruturante da posse e não desempenha igualmente nenhuma função quanto à diferenciação entre a posse e detenção.

O debate sobre a diferença entre posse e detenção ainda é baseado na distinção entre a teoria subjetiva de Savigny e a teoria objetiva de Jhering.

Conforme Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, na concepção subjetiva de Savigny, para a realização de posse, faz-se necessário, além do *corpus*, um controle de facto sobre a coisa, um *animus*, que seria uma pretensão de forma específica do possuidor, o qual teria que constituir essa intenção de agir como o faz o verdadeiro proprietário (*animus domini*). A detenção seria um *corpus* sem o *animus*, na posse as duas situações estariam presentes. Já na concepção objetiva de Jhering, na posse e na detenção ocorreria o *corpus* e o *animus*, mas na detenção por força de dispositivo da lei seria desclassificada a situação como posse⁷⁶.

Conforme José Alberto Gonzalez o relevo jurídico da posse concretiza-se com os denominados *commoda possessionis* ou efeitos da posse (artigos 1.268º e segs.). A detenção é, ao invés, juridicamente indiferente. Reconhece-se que, na prática, a diferenciação entre posse e detenção não é fácil. A posse pressupõe não só o *corpus* mas também, do intitulado *animus possidendi*, a intenção de agir como titular do direito, sendo que existira detenção se esse *animus* inexistir⁷⁷.

No Código Civil português, a única menção legal à intenção ocorre no artigo 1.253.º, alínea a), um preceito que cuida exclusivamente os casos de constituto possessório, degradando o estatuto do transmitente do direito real, até aí possuidor, para mero detentor por força da

⁷⁵ VIEIRA, José Alberto - **Direitos Reais**, p. 503.

⁷⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - **Direitos Reais**, p. 116.

⁷⁷ GONZALEZ, José Alberto - **Direitos Reais**, p. 371.

cláusula de constituto inserida no negócio jurídico de transmissão. Portanto, por força do título que elucida a quebra na exteriorização do direito⁷⁸.

Para José António de França Pitão a posse não é apenas o poder de facto. Revela-se um poder exercido em termos do direito real que corresponde. É isto que distingue a posse da detenção - a existência de *animus*. A detenção pode exercer-se por acto jurídico - posse em nome alheio por actos facultativos ou por actos de mera tolerância⁷⁹.

Conforme António Menezes Cordeiro, o art. 1253º, a), constitui uma singularidade, desnecessariamente inserida no universo, já complexo, da posse. A solução encontrada seria a de tomar como norma em contradição com diversas outras e com o sistema. Teria sido derogada, sem sequer criar uma lacuna. Hoje, à luz de novas análises e reflexões, afigura-se-nos à saída possível: o art. 1253º, a), reporta-se aos atos facultativos, ou seja, atos praticados à mercê da facultatividade do exercício de direitos, por parte do verdadeiro possuidor⁸⁰.

O proprietário tem diversos direitos, que pode exercer ou não, consoante queira. Trata-se do direito de exercício facultativo. Se optar pela não atuação, momentânea ou prolongada, não deve ser prejudicado. Um terceiro pode ser beneficiado com essa não atuação: o proprietário não constrói, proporcionando vistas ou deixa correr a sua própria água, possibilitando regas no prédio vizinho, como exemplos. Admitir aqui a posse do beneficiário iria implicar uma elevada litigiosidade, em especial, nas relações de vizinhança⁸¹.

O art. 1.253º b), trata dos atos de simples tolerância. Este dispositivo abrange os casos em que o exercício de poderes na coisa resulta da concessão de forma expressa ou tácita, deferida pelo proprietário, sem que essa permissão conceda algum direito ao detentor. São os meros detentores, os que desfrutam da concessão do titular.

Os atos de simples tolerância conferem apenas detenção, não envolvem a exteriorização de um direito sobre a coisa. O beneficiário da tolerância não exerce qualquer direito próprio, por causa da ausência de manifestação do direito não existe posse, mas simplesmente detenção.

A alínea c), do art. 1.253º, do Código Civil português, trata dos representantes ou mandatários do possuidor. Nessa alínea incluem-se as circunstâncias dos titulares de direitos reais menores ou dos direitos pessoais de gozo, que possuem junto com a posse que exercem em nome próprio, também a posse que possuem em nome alheio.

⁷⁸ VIEIRA, José Alberto - **Direitos Reais**, p. 504.

⁷⁹ PITÃO, José António de França - **Posse e Usucapião (Anotações aos artigos 1251.º a 1301.º do Código Civil)**, p.32.

⁸⁰ CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de Direito Civil XIII: Direitos Reais (1ª parte)**, p. 618.

⁸¹ CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de Direito Civil XIII: Direitos Reais (1ª parte)**, p. 619.

Todas as situações de detenção previstas nas alíneas a) a c) do art. 1.253º apresentam similaridade: em todas as hipóteses não há a exteriorização de um direito propriamente seu pelo detentor. Quem exerce um poder sobre a coisa e não demonstra um direito sobre ela não tem posse, mas apenas detenção; de maneira diferente, aquele que exerce um poder sobre a coisa, demonstre um direito próprio, possui a posse. A posse simboliza a demonstração de um direito e a detenção não⁸².

O célebre caso de detenção refere-se à relação de trabalho ou emprego, em que o patrão concede ao empregado, diante da relação que se estabelece, o bem que lhe pertence. São fâmulos da posse os bibliotecários, empregados em geral, diretores de empresas, detentos, soldados.

Juridicamente é admitida a transformação da detenção em posse, desde que interrompida a relação de submissão, na possibilidade de se exercer no próprio nome os atos de posse. Posse e detenção não se misturam, sendo a detenção uma simples hipótese material de apoderamento físico da coisa.

2.5. A Autonomia da Posse

A concepção social da posse é usualmente misturada com a propriedade, sendo normal a referência à propriedade como se fosse a posse, e, ao proprietário como se fosse o possuidor.

Na perspectiva de Direitos Reais essa mistura não é admitida. Propriedade e posse são institutos diferenciados. Essa separação existe desde o Direito romano, o Direito moderno permaneceu fazendo a distinção entre propriedade e posse, permitindo não só o diferenciado regime jurídico para cada uma delas, mas a real distinção entre os dois institutos. Essa diferenciação já era estabelecida no Código de Seabra e permaneceu no Código Civil de 1966, que disciplina a posse no Título I do Livro III, artigos 1.251º a 1.301º, e a propriedade no Título II do mesmo Livro.

A autonomia da posse com relação aos outros direitos reais de gozo é uma deixa do Direito romano. A posse é direito diferente daquele externado na sua execução. Se o possuidor contar também a titularidade do direito real, então, unem-se os dois direitos, ou seja, o direito real e a posse; todavia, se a posse aparecer separada do direito real, ao possuidor caberá tão somente a posse.

⁸² VIEIRA, José Alberto - **Direitos Reais**, p. 506.

Como um dos mais importantes efeitos da posse, surge a usucapião, que nada mais é do que a obtenção da propriedade por uma posse longa que supre determinados requisitos exigidos na lei.

2.6. Classificações da Posse

A posse pode ser causal e formal. A causal nada mais é que a posse assistida pela titularidade do direito. Já a posse formal supõe que a titularidade do direito não ocorre.

Luís Manoel Teles de Menezes Leitão, salienta que o titular do direito real pode suplicar os efeitos da posse para si, desde que seja possuidor ao mesmo tempo. Não precisa buscar recurso nas ações petitórias, pois ele necessitaria demonstrar a titularidade. A posse pressupõe um controle físico da coisa, esse não deriva de forma automática da titularidade. A propriedade do direito não confere imediatamente suposição de posse⁸³.

Quando a posse reporta ao direito real de gozo, o que ocorre normalmente é que o titular desse direito seja também o possuidor, pois a prática do direito exige, em boa parte, pela posse material do bem.

O Direito português não faz diferenciação entre a posse formal da posse causal. As duas são consideradas posse, submetidas às regras dos artigos 1.251.º e segs. do Código Civil. A inexistência do direito real de gozo não significa empecilho ao existir da posse, desde que exista *corpus* e a legislação não descaracterize para simples detenção, então, a posse se faz presente e é protegida como posse. A obtenção da posse se faz por fatos particulares deste instituto, como a *traditio brevis manu*, o constituto possessório, a tradição, o apossamento, sem a noção de título para a aquisição desse direito⁸⁴.

Para Pontes de Miranda, se o que adquire a posse já o tinha a outro título, dá-se a *brevi manu traditio*, que supõe a concordância sobre a transferência da posse, como o *constitutum possessorium* e a *longa manu traditio*. Ela e essa são atos jurídicos *stricto sensu*. O constituto possessório, em que há em comum com a *brevi manu traditio* o não mudar de âmbito espacial a coisa, não tem a mesma natureza que a *traditio brevis manu* ou *longa manu*, não é efeito de ato jurídico *stricto sensu*; é negócio jurídico. Na *traditio brevis manu*, cessa a posse mediata⁸⁵.

⁸³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - **Direitos Reais**, p. 129.

⁸⁴ VIEIRA, José Alberto - **Direitos Reais**, p. 517.

⁸⁵ MIRANDA, Pontes de – **Tratado de Direito Privado. Parte Especial, Tomo X. Direito das Coisas: Posse**, p. 165.

A posse pode existir separada do direito real de gozo e, ao invés, existir titularidade do direito real de gozo sem posse, para os proprietários que nunca tiveram ou perderam (alínea d) do n.º 1 do art. 1.267º). Exemplo dado pela doutrina, o de quem furtou um objeto. O autor passa a ter posse por apossamento; mas não será dono, o furto não é um fato que confere a titularidade (art. 1.316.º), mas constitui uma posse.

Como ensina José Alberto Vieira, a classificação entre posse causal e aquela formal, apesar de não estar expressamente disposta no ordenamento jurídico português, não deixa de expor contornos diferentes. Quando ocorrer uma disputa possessória, o possuidor formal somente pode alegar a sua posse contra aquele que também participa do conflito, diferentemente ao que ocorre com o possuidor que tem um título causal, esse pode alegar o seu direito real de gozo contra o possuidor apenas formal (art. 1.278º, n.º 1, do CCP)⁸⁶.

Com relação à posse civil e posse interdictal, a posse civil possibilita alegar a totalidade dos efeitos possessórios, em especial, o direito de usucapir. Por outro lado, a posse interdictal não permite a alegação da usucapião, somente a alegação das ações possessórias.

Conforme António Menezes Cordeiro, o sistema possessório português habilita-nos a reaplicar a velha contraposição romântica entre *possessio civilis* e a *possessio ad interdictum*. A posse interdital assiste aos titulares dos direitos pessoais de gozo: locatário (art. 1.037º/2), parceiro pensador (1.125º/2), comodatário (1.132º/2) e depositário (1.188º/2). As ações que tutelam a posse cabem a todos os direitos pessoais de gozo, tanto mais que, quando onerosas conduzem à locação, quando gratuitas, ao comodato. Para o autor não se deve nominar o possuidor interdital de detentor, a posse interdital é menor, por não permitir à usucapião, mas permanece sendo posse⁸⁷.

A posse civil é exercida conforme os direitos reais de gozo, sendo a posse interdictal aquela que diz respeito a direitos pessoais de gozo ou direitos reais de garantia. Tais direitos não são obtidos pela usucapião (art. 1.287º), no entanto, possibilitam a utilização das ações possessórias (art. 670º a); 758º; 1037º, n. 2; 1.188º, n.º 2). Geralmente, a posse destes direitos não concede garantia aos frutos da coisa (art. 1.132º), ainda que em determinadas situações possa ocorrer (art. 672º e 758º). No que diz respeito aos direitos pessoais de gozo, a restituição das benfeitorias é realizada conforme a posse de má-fé (art. 1.046º, n.º 1; 1.138º, n.º 2)⁸⁸.

No Direito brasileiro, segundo Flávio Tartuce, quanto aos efeitos a posse pode ser a posse *ad interdicta* e posse *ad usucapionem*.

⁸⁶ VIEIRA, José Alberto – **Direitos Reais**, p. 517.

⁸⁷ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil XIII: Direitos Reais (1ª parte)**, p. 626.

⁸⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - **Direitos Reais**, p. 130.

A posse *ad interdicta* constitui a norma genérica, que pode ser protegida pelas ações possessórias ou interditos possessórios. A exemplo aquele no qual é assegurado tanto ao locador como ao locatário proteger a posse da turbação ou de esbulho efetuado por outra pessoa. Esse tipo de posse não leva à usucapião. Já a posse *ad usucapionem* é aquela que se estende por um vasto período de tempo, possibilitando a obtenção da propriedade, desde que respeitadas as determinações da lei. É aquela posse usucapível pela existência dos pressupostos exigidos pelo instituto. A posse *ad usucapionem* deve ser mansa, pacífica, duradoura por lapso temporal previsto em lei, ininterrupta e com intenção de dono, ou seja, com *animus domini*, conforme dizia Savigny⁸⁹.

A posse titulada retrata a que fundamenta na maneira efetiva de se obter, independente da garantia de quem transmite ou dos requisitos válidos do negócio entabulado (art. 1.259º, nº 1). Para a posse titulada o possuidor tem que obter o seu agir sobre o bem a um fato ligado à aquisição do direito. Esse fato é relativo à obtenção do direito como a superfície e usufruto, propriedade mas não propriamente à posse.

A posse titulada tem regras mais facilitadas do que a posse que não tem título. Presume-se a posse titulada ser a posse de boa-fé, a não titulada, de má-fé (art. 1.260º, nº 2). No entanto, a presunção pode ser ilidida. Mesmo com a existência do título, é possível provar a má-fé, como também provar a boa-fé do possuidor que não tem título.

Por outro lado, a posse que não possui título não adveio do modo legítimo de se tornar dono. O grau de exigência do título varia na razão inversa do papel da posse titulada, no limite, está perderá qualquer papel autônomo, vez que o título perfeito atribui o domínio.

No Direito português da pré-codificação, o justo título, para efeitos da usucapião, era exigente. Assim, deveria ser: a) real, ficava afastado o título putativo; b) legal e também válido; c) apto para transferir. No fundo, o único vício que se admitia era o da ilegitimidade do transmitente.

Esta linha influenciou para o Código de Seabra. Conforme o art. 518.º: “É posse titulada a que se funda em justo título; e diz-se justo título qualquer modo de adquirir, independentemente do direito do transmitente.”

Conforme ensina António Menezes Cordeiro, que o título teria de ter algum vício: senão ele garantiria transferir o domínio, tornando-se inútil falar na prescrição. O único vício admitido era, contudo, a transmissão *a non domino*: afastavam-se, expressamente, os vícios de forma, os

⁸⁹ TARTUCE, Flávio - **Manual de Direito Civil**, p. 889.

casos de absoluta nulidade e a simulação, mesmo relativa. Na prática inviabilizava as hipóteses de “justo título”, remetendo para os prazos máximos as hipóteses de usucapião⁹⁰.

No Direito português atual, a posse não precisa ter título. A inexistência de um título para a obtenção do direito não impede a existência da posse, embora, posteriormente, haja algumas diferenciações que ganham relevo⁹¹.

Nos termos do art. 1.254º, n. 2, existindo a titularidade da posse presume-se desde a data do título. Conforme art. 1.288º, não existindo o título, ter-se-á de demonstrar o seu marco, o que é relevante para os prazos da usucapião.

O Código Civil português de 1966 define a posse titulada como aquela “[...] fundada em qualquer modo legítimo de adquirir, independentemente, quer do direito do transmitente, quer da validade substancial do negócio jurídico – artigo 1.259.º/I.

Para António Menezes Cordeiro houve efetivo avanço em relação ao código de Seabra, pois enquanto este apenas permitia como mácula não ser legítimo, o Código novo aumentou as probabilidades admitindo os vícios substanciais, deixando de lado somente os formais. Não nos parece curial tal solução: ela mantém um Direito das coisas pejado de categorias puramente conceptuais e formais, sem ponderação dos interesses e valores subjacentes. O Código não quer dizer que os vícios formais sejam mais sérios que os substanciais. Um contrato assinado sob ameaça de arma, nulo por *vis absoluta*, possibilita a posse com título, enquanto o contrato de compra e venda particular, realizado pelo proprietário, com o preço corrente, não apresenta título apto⁹².

Conclui Cordeiro que a jurisprudência mais recente, neste momento, entretanto, tem mantido o tema da posse não titulada nas amarras literais do Código Civil. Uma ponderação dos casos concretos poderia levar a uma evolução. Atualmente, a jurisprudência considera possível, em nome do abuso do direito e também da boa-fé, bloquear as invalidades formais. Essa mesma valoração permitirá impedir, em nome da confiança, que a invalidade formal do título conduza à posse que não tem título e, *a fortiori*, à má-fé⁹³.

Para Flávio Tartuce, a posse que possui título é a circunstância em que existe uma origem que representa a transferência dessa. A posse que não detém título é aquela na qual não existe uma causa que a representa, pelo menos na aparência, da transferência do domínio de fato. A exemplo, quando a pessoa encontra tesouro, depósito de coisas preciosas, sem a intenção

⁹⁰ CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de Direito Civil – XIII - Direitos Reais (Iª Parte)**, p. 629.

⁹¹ VIEIRA, José Alberto - **Direitos Reais**, p. 519.

⁹² CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de Direito Civil – XIII – Direitos Reais (Iª Parte)**, p. 631.

⁹³ Idem, p. 632.

de fazê-lo. Nesses exemplos a posse é classificada como ato-fato, pois não existiu vontade que fosse importante para a existência do ato em questão⁹⁴.

A posse é efetiva quando o possuidor mantém o controle material do bem pelo meio do *corpus* possessório, sendo não efetiva ou civil quando permanece como mero direito desacompanhada do *corpus*, a situação da posse advém somente da lei. A legislação, algumas vezes, permanece com a situação da posse, apesar de já não ter mais o comando da coisa (1.278º, nº 1, e 1.282º do Código Civil).

A posse de boa-fé é aquela em que o possuidor, ao adquiri-la, ignora que lesa o direito de outra pessoa (art. 1.260º, nº 1). A posse de má-fé é aquela em que não ocorre essa ignorância, quando da obtenção da posse.

A posse de má-fé é a circunstância que denota o conhecimento de alguém sobre o vício que acomete a coisa, mesmo assim, exerce o domínio fático sobre ela. Neste caso, quem exerce a posse não tem justo título. Mesmo assim, o possuidor de má-fé possui a faculdade de demandar a ação possessória para proteger-se de uma invasão de outrem.

O Código Civil brasileiro no art. 1.201º, estatui: “É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa.” Completa o artigo 1.202º: “A posse de boa-fé só perde esse caráter no caso, desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente”.

Segundo Silvio de Salvo Venosa, apesar de existirem doutrinadores que criticam esses artigos, afirmando que o legislador definiu características objetivas para caracterizar a boa-fé na posse, as normas fazem o caso depender da análise da vontade daquele que possui. Faz-se necessário analisar se o possuidor desconhece o vício da posse. Logo, conclui que acaba a boa-fé no instante em que as particularidades do caso façam entender que o possuidor não desconhece que possui de forma⁹⁵.

Para Antônio Menezes Cordeiro, a boa-fé subjetiva pode ser compreendida em dois sentidos, um de sentido psicológico, significa dizer que quem está de boa-fé é quem puramente não conheça esse estado de coisa; e um outro com sentido ético, para o qual a boa-fé acarreta um desconhecimento sem culpa⁹⁶.

No Direito romano, na sequência da evolução complexa, a relevância do conhecimento humano para a manifestação de certos efeitos veio a ser conhecida pela expressão *bona fides* (subjetiva).

⁹⁴ TARTUCE, Flávio - **Manual de Direito Civil**, p. 888.

⁹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo - **Direito Civil: Direitos Reais**, p. 64.

⁹⁶ CORDEIRO, Antônio Menezes - **Tratado de Direito Civil XIII: Direitos Reais (1ª parte)**, p. 633.

António Menezes Cordeiro preconiza uma concepção ética da boa-fé subjetiva e demonstra três argumentos. A ponderar, a justiça, numa aceção psicológica de boa-fé premiaria os mais distraídos, os não tão empreendedores, mas tal conceituação puniria os mais cuidadosos. A juridicidade, na qual o direito não pune simples fatos do acaso, o Direito intervém nas relações da sociedade, ao tratar da boa-fé, incentiva deveres de cuidado e diligência. A praticabilidade, que aponta não ser possível plenamente, onde não se deseja demonstrar o que se passa no âmago das pessoas, jamais se provará que alguém conhecia ou não certo fato, essa demonstração é indiciária⁹⁷.

José Alberto Vieira, defende a concepção ética da boa-fé, nos mesmos traços defendidos por Menezes Cordeiro. O autor realça que a falta de cuidado e esforço do possuidor, a inexistência de competência e desatenção que demonstre em relação aos direitos de outrem devem cair sobre ele e não sobre os outros⁹⁸.

Por sua vez, a posse violenta é aquela que se adquire pela força ou violência no começo do seu exercício. Já a posse obtida de forma tranquila, e assim continuada no seu exercício é a posse denominada de mansa e pacífica.

Segundo Venosa, não carece que a violência seja perpetrada contra a pessoa que possui para manchar a posse, é suficiente que seja fato que ofenda, sem autorização daquele que possui. Compreende-se no conceito de ato violento tanto a *vis compulsiva* (coação moral) como a *vis absoluta* (coação física). Assim, não deixa de ser violenta a posse que se obtém por vis que não restringe de forma total a intenção do atingido⁹⁹.

No nº 1 do art. 1.261º, do Código Civil português, dispõe que a “posse é pacífica se foi adquirida sem violência”. Ressalta-se que o momento da análise deste pressuposto da posse é o da aquisição respectiva. Uma posse obtida sem violência é pacífica para sempre, ainda que posteriormente, na sua manutenção, haja acontecido a violência. Ao contrário, aquela obtida com violência, mas perpetrada de forma pacífica, é violenta, mesmo que essa violência seja posteriormente atenuada¹⁰⁰.

O nº 2 do art. 1.261º dispõe que a posse é violenta quando exercida coação física ou psicológica, nos termos do art. 255º, sobre o possuidor. É usual sustentar-se que a violência diga respeito tanto à pessoa como à coisa objeto da posse.

⁹⁷ CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de Direito Civil XIII: Direitos Reais (1ª parte)**, p. 634.

⁹⁸ VIEIRA, José Alberto - **Direitos Reais**, p. 522.

⁹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais**, p. 61.

¹⁰⁰ VIEIRA, José Alberto – **Direitos Reais**, p. 522

Conforme Flávio Tartuce, a posse violenta é aquela que se obtém pelo esbulho, por violência moral ou força física. Os doutrinadores usualmente a equiparam ao delito de roubo. A exemplo o movimento popular ingressa de forma violenta em uma propriedade, no meio rural, que cumpria a sua função social, de forma a destruir obstáculos¹⁰¹.

Para Vieira, a maioria da jurisprudência portuguesa tem aceitado o posicionamento de que a violência pode referir tanto à pessoa como também à própria coisa, indo, no entanto, longe demais. Para o autor a coação psicológica e a coação física desenvolvem sobre a pessoa do possuidor e não sobre a coisa, a violência visa o possuidor e não o objeto. Só se pode caracterizar como coação psicológica ou física aqueles meios utilizados de forma violenta contra uma pessoa, a pessoa do possuidor¹⁰².

Como acentua Sílvio de Salvo Venosa a violência deve ser direcionada contra a pessoa. Não ofende a posse quem destrói barreira para adentrar em propriedade abandonada, que ninguém tem posse ou a reclama, nesses casos, ninguém tem posse. A violência no contexto da posse de fato é aquela que caracteriza a coação, sendo um vício comum nos negócios jurídicos em geral¹⁰³.

Nos termos do art. 1.260º, n.º 3, a posse obtida por meio de violência é considerada posse de má-fé, não admitindo prova em contrário. A posse de má-fé é estabelecida como uma sanção pela violência empregada na obtenção da posse. Nem mesmo serve ao esbulhador provar que é o titular do direito.

Nos termos do art. 1.267º, alínea d) do n.º 1, o prazo de um ano para a perda da posse não se inicia enquanto a violência não cessar (art. 1.267º, n.º 2). O esbulhado perde a posse se não tomar uma atitude em relação ao esbulho no período, mas o ano não se conta a partir do início da posse do esbulhador, e sim do momento em que a violência contra o possuidor esbulhado tiver cessado.

A posse não é boa para usucapião enquanto perdurar a violência. Uma posse obtida por meio de violência pode servir como base para à usucapião, desde que o possuidor mantenha a posse pacífica da coisa durante todo o decurso do tempo exigido para a usucapião. No entanto, enquanto perdurar a violência, o prazo para a usucapião não inicia a correr (arts. 1.297º e 1.300º, n.º 1).

A posse pode ser tanto oculta quanto pública. A posse pública está definida no art. 1.262º, segundo “posse pública é a que se exerce de modo a poder ser conhecida dos

¹⁰¹ TARTUCE, Flávio – **Manual de Direito Civil**, p. 886.

¹⁰² VIEIRA, José Alberto – **Direitos Reais**, p. 523.

¹⁰³ VENOSA, Sílvio de Salvo – **Direito Civil: Direitos Reais**, p. 62.

interessados”. Diferentemente do que ocorre com os outros caracteres da posse, está diferenciação entre posse pública e oculta não se verifica no momento da aquisição da posse, mas também na maneira como ela é exercida.

A posse pública enfrenta a problemática relacionada ao fato de não ser definida com base no momento da sua constituição, como sucede com a posse de boa ou via má-fé ou com a posse violenta ou pacífica - mas sim pela forma como é exercida continuamente. Ou melhor, a posse pode passar de pública a oculta ou vice-versa¹⁰⁴.

José Alberto Vieira afirma que a posse é considerada pública quando acessível ao conhecimento dos interessados. O importante neste conceito é que o ordenamento português não exige o efetivo conhecimento da posse; o que importa é a possibilidade dessa ser conhecida. Assim, a posse é considerada pública mesmo que os interessados não a conheçam, desde que tenham a capacidade de conhecê-la.

Cita o seguinte exemplo: “A tem a propriedade do bem X localizado no Porto, mas mora em Guimarães e não vai ao Porto normalmente. B aloja-se no prédio X (apossamento) e fica lá a viver, não tendo A conhecimento. A posse de A é pública, visto que B, mesmo desconhecendo a posse daquele, poderia conhecer. Sendo assim, o fato de o possuidor não se localizar ligado à coisa, por residir em outra cidade, não retira o caráter público dessa posse, isso porque, embora não conheça essa nova posse, poderia conhecê-la¹⁰⁵.”

A cognoscibilidade é fruto da hipótese efetiva de conhecimento que se obtém por meio do comportamento acurado em relação ao bem. O ordinário é que o possuidor vá até o imóvel para averiguar a situação. Se assim atuar terá conhecimento da posse de outrem. No entanto, se ficar inerte, não conhecerá, porque não se comportou com o que era esperado.

O registro da posse, nos termos do n.º 1 do art. 2.º do Código de Registro Predial, torna a posse pública. No entanto, a publicidade, por meio do registro predial, não é necessária para que a posse se caracteriza como pública.

A característica da posse oculta ocasiona alguns contratempos iniciando pela sua aceitação.

A posse adquirida dessa forma faz com que o prazo para o titular da posse iniciar as ações cabíveis só comece a contar após a descoberta do esbulho (art. 1282.º, *in fine*).

A posse adquirida ocultamente não admite ser registrada (art. 1.295.º, n.º 2) e também não permite a contagem do prazo para a obtenção da usucapião (arts. 1.297.º e 1.300.º, n.º 1).

¹⁰⁴ CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de Direito Civil XIII: Direitos Reais (1ª parte)**, p. 642.

¹⁰⁵ VIEIRA, José Alberto. **Direitos Reais**, p. 525.

A posse pública deve ser conhecida pelos que forem interessados, porém, pode ocorrer de maneira clandestina. Enquanto a posse for clandestina, ela não é uma posse apta a conduzir a usucapião, e será considerada interdita.

Antônio Menezes Cordeiro afirma que, de forma implícita, parecia que era admitida a posse oculta quando o fato de conhecê-la não fosse possível pelos interessados. No entanto, o art. 1.262º, na sua aparente simplicidade, o preceito citado suscita problemas nas formas da interpretação e de integração sistêmica. A doutrina tradicional recusava considerar possessório o ato clandestino, de tal modo que a publicidade mais não seria que o elemento integrante da própria posse. O sistema em vigor também interpreta que o artigo 1.251º conceitua a posse como o poder que se manifesta, o que implica, desde o início, traço de publicidade, além disso, o empossamento (art. 1.263.º, a)), acarreta a prática reiterada e pública, de atos materiais. Num aparente contraste, o Código admite, no seu artigo 1.297º, a possibilidade de a posse ter sido obtida de forma oculta, não sendo admitida para usucapião, mas continua sendo posse¹⁰⁶.

2.7. Teorias Justificadoras da Posse. A Teoria da Função Social da Posse

Existem diferentes teorias que procuram elucidar o conceito de posse; no entanto, podem ser reduzidas a duas classificações, ou seja, a concepção subjetiva e a concepção objetiva. A teoria subjetiva, cujo principal defensor foi Friedrich Karl Von Savigny, para quem a posse é o poder direto que a pessoa possui de dispor fisicamente de um bem, com a intenção de tê-lo para si, defendê-lo contra a intervenção ou agressão de quem seja. Para essa concepção a posse tem dois elementos expressos no *corpus* e no *animus*.

Segundo Antônio Menezes Cordeiro, todo o regramento de Direito Civil de Savigny encontrava na vontade humana o fundamento dos direitos e variados institutos, como a posse. Ao introduzir o conceito voluntarista do direito subjetivo, Savigny estava a concretizar preocupações de todo o mundo e a influenciar imediatamente diversificadas soluções jurídicas. O direito tem como objetivo sua submissão ao poder das pessoas, como expressão de liberdade jurídica. Assim, o direito subjetivo ficou reduzido ao poder da vontade ou a proteção jurídica atribuída a esse poder¹⁰⁷.

Para Santos Justo, a doutrina subjetivista embasa na *possessio rei* romana adotada como o direito de propriedade (*uti dominus*), ainda modernamente prestigia esse direito real, embora mesmo na era romana pudesse atribuir o exercício de outros direitos reais; e encontra-se na tese

¹⁰⁶ CORDEIRO, Antônio Menezes - **Tratado de Direito Civil XIII: Direitos Reais (1ª parte)**, p. 642.

¹⁰⁷ CORDEIRO, Antônio Menezes - **Teoria Geral do Direito Civil**, p. 182.

que acentua a relevância do *animus possidendi* e o correspondente desprestígio do *corpus*: à posse é preciso o *animus*; quanto o *corpus*, não se impõe a prática dos atos de domínio sobre a coisa, sendo suficiente a possibilidade desses atos acontecerem. *Corpus* e *animus* não podem ser exercidos como coisas apartadas, funcionam como corpo e espírito”¹⁰⁸.

Por outro lado, a teoria objetiva, cujo principal protagonista foi Rudolf Von Ihering, compreende que a posse é o exercício do poder de fato sobre coisa determinada, sendo que esse poder de fato deve ser exercido sob mínima estabilidade.

Segundo a teoria objetiva, para se obter a posse é suficiente que o proprietário possua a coisa, ou a mera possibilidade de exercer a posse, não sendo exigido que ele tenha o propósito de ser dono. Aqui, o elemento exclusivo é material, ou seja, o *corpus*, formado pelo comportamento do possuidor que age com a intenção de usar a coisa economicamente.

Ihering sustenta a classificação objetivista que assegura não à intenção que se efetua a posse, mas ao poder em si. Ihering também parte das origens do direito romano, não retira por inteiro o elemento intencional por admitir que sem o poder volitivo não há posse. Simplesmente acredita que este componente está de forma implícita contido no poder sobre a coisa que se possui. Se o facto demonstrar de forma objetiva revelar que alguém possui para outrem, não existirá posse, mas simplesmente detenção¹⁰⁹.

Verifica-se que pela concepção objetiva a posse pode ser desenvolvida em direta e indireta. Em síntese, não há obrigatoriamente domínio material na posse, sendo possível derivar de simples exercício de direito. Como no exemplo do contrato de locação, ambas as partes do negócio são consideradas possuidoras. O locatário é considerado possuidor direto; o locador também é possuidor, mas indireto, pelas prerrogativas que derivam do domínio.

Segundo António Menezes Cordeiro, a polémica entre Savigny e Ihering ocorreu na Alemanha, à luz do Direito Romano. Disseminou-se no Continente, com repercussões no próprio sistema anglo-saxónico. Hoje ela é mais referida nos espaços latinos que na sua terra de origem, atingindo pico de relevância sem paralelo na literatura lusófona. Savigny apresenta leitura com raízes neokantianas, por outro lado, Ihering, contrapõe com tópicos neo-hegelianos¹¹⁰.

Ihering fez legado com dois escritos relacionados à posse, a saber, Sobre o fundamento da proteção possessória: Uma revisão da doutrina da posse; e A vontade possessória: Para uma

¹⁰⁸ JUSTO, A. Santos - **Direitos Reais**, p. 165.

¹⁰⁹ JUSTO, A. Santos - **Direitos Reais**, p. 167.

¹¹⁰ CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de Direito Civil XIII: Direitos Reais (1ª parte)**, p. 554.

crítica do método jurídico dominante, ambos publicados em 1889. De notar que, enquanto o Direito da posse, de Savigny, revela-se uma obra da juventude, a Vontade possessória, de Jhering, surge como trabalho da maturidade. A notar que Jhering, à época, contava 71 anos de idade, contra os 23 anos de Savigny¹¹¹.

A pandectística alemã do século XIX, determinante no BGB de 1896-1900 e no Direito lusófono, foi dominada pelo pensamento de Savigny, ainda que o de Jhering, tardio, tenha vindo a ganhar terreno ao longo do tempo.

Não obstante a autoridade de Savigny, a pandectística mais recente aproximou da ideia de Ihering, que terminou por dominar sobre a de Savigny, na Alemanha, determinando o § 854 do BGB alemão - que a posse de um bem se consegue mediante a obtenção do poder de fato sobre a coisa¹¹².

A doutrina explica que, apesar desta noção puramente objetivista, o poder de fato relevante deve ser voluntário. A vontade deduz-se da realidade objetiva, não tendo autonomia.

A grande “conquista” do sistema objetivo da posse, acolhido no BGB alemão, resulta dos §§ 868 e 869, que conferem a proteção possessória ao usufrutuário, ao credor pignoratício, ao locatário, ao depositário e a outros que estejam em relação semelhante.

A doutrina portuguesa está profundamente dividida, há quem considere que o atual Código Civil consagra o sistema objetivista; por outro lado aqueles que o entendem seguindo a orientação subjetivista.

Para Luis Manuel Teles de Menezes Leitão, não é crível negar que a legislação portuguesa baseou de forma intencional na doutrina subjectivista de Savigny. Efetivamente, o artigo 1.253º a) e c) introduziu no conceito da detenção o desempenho do poder de facto sem o intuito de proceder como favorecido do direito, e o exercício da posse em nome de outrem. Isso significa o *animus domini* para qualificar a posse, descrevendo como detenção os feitos em que não se possui o fim de ter a coisa para si, notadamente quando o desejo é ter a coisa para outra pessoa (*nomine alieno*). Dessa maneira caracteriza a fórmula subjetiva. E salienta, para Jhering, há *animus*, tanto na posse como na detenção, não sendo importante se possui em nome de outrem ou seu próprio nome¹¹³.

Para uma parte dos doutrinadores portugueses a legislação portuguesa é objetivista, isso, no exemplo de Jhering. Como justificativa para tal posicionamento, alegam que, além de prever de forma expressa o conceito de posse em que não se refere ao *animus* (art. 1251º), enxerga no

¹¹¹ Idem, p. 556.

¹¹² TARTUCE, Flávio - **Manual de Direito Civil**, p. 868.

¹¹³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Direitos Reais**, p.116.

art. 1.253º, casos nos quais não verifica ou traduzem a posse, mas simples detenção. O fato acolhe de forma determinada a teoria objetivista, a disciplinar que a detenção deve ser considerada como posse, desde que seja exercida de maneira voluntária e a lei não diga o inverso.

Afirma Luíz Manuel Teles de Menezes Leitão, nos dias conjunturais parecer indiscutível que a lei portuguesa adote a fórmula objetivista. O artigo 1.251º não conceitua a posse como uma detenção a que se tenha de acrescentar o *animus*, não saindo da detenção para alcançar à posse, como se faz exigir a teoria subjetivista. Antes, pelo oposto, a posse é de forma genérica concedida em todos os exemplos nos quais alguma pessoa atua de maneira que corresponda a exercer um direito real e, em alguns direitos pessoais de gozo, independente da vontade do possuidor. A detenção é enxergada como a posse inteiramente não identificada, dado que existirá detenção sempre que a pessoa esteja em alguma das hipóteses em que a lei negue a tutela possessória.

Antonio Santos Justo prefere, portanto, a doutrina defendida por quem considera que o Código Civil português acolhe a orientação subjetivista, sem, todavia, recusar a existência de elementos objetivos. Dir-se-á que só o *animus possidendi* permite saber se o possuidor atua por forma correspondente ao desempenho do direito de propriedade ou de usufruto: sendo a posse exercida “por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou outro direito real de gozo”. Além do mais, permitindo ao usufruto e a propriedade o pleno gozo do bem, a consideração do *animus possidendi* poderá determinar o direito a que a posse representa, suscetível de ser adquirido por usucapião¹¹⁴.

A doutrina considera possuidoras pessoas naturais e jurídicas, os entes despersonalizados. Ainda, possuidor o é também coletividade destituída de personalidade jurídica. Assim, podem ser possuidores a massa falida, o espólio, o condomínio, a sociedade de fato.

Como observa Flávio Tartuce, o Código Civil brasileiro desapareceu da ocasião em trazer de forma expressa a teoria mais evoluída quanto à posse, que valoriza a sua função social, a qual tem como expoente Raymond Saleilles, na França, Sílvio Perozzi, na Itália, e, Antonio Hernandez Gil, na Espanha. São as teorias sociológicas da posse, a partir do século XX, que não só puseram por terra as teorias objetiva de Ihering e subjetiva de Savigny, como também asseguram o moderno conceito desses relevantes institutos na Era contemporânea, especialmente a posse, como forma de externar a propriedade e sua real função social¹¹⁵.

¹¹⁴ JUSTO, A. Santos - **Direitos Reais**, p. 173.

¹¹⁵ TARTUCE, Flávio - **Manual de Direito Civil**, p. 879.

Na doutrina atual diferentes autores escrevem sobre a função social da posse, salientando a importância, assim como, o direito de propriedade, se reconheça a relevância econômica e social da posse, pois ela consiste um direito com autonomia em relação à propriedade, devendo ressaltar o proveito dos bens para a obtenção de coisas fundamentais, sociais, econômicas a merecer tutela, como o contrato de gaveta, existente no Brasil, no qual o possuidor tem direito à propriedade.

A valorização da função social da posse significa o rompimento da formal individualista frente às necessidades da sociedade. Entende-se, partindo deste modo, a ligação entre os anseios da sociedade nada igual, multifacetada, e o alcance do Estado estruturado de forma democrática. Já é tempo de desvincular a posse da propriedade.

A posse apenas adquire importância jurídica quando funcionalizada, na condição de ferramenta a tornar a propriedade ativa. Assim como a posse se mostra independente do direito de propriedade, há de ser verificada a independência da função social da posse em razão da mesma função da propriedade. A independência da posse tem sido paulatinamente fortificada pelo direito civil constitucional.

Flávio Tartuce pondera que a propriedade tem função social estabelecida na Constituição, da mesma forma, esta deve ser estabelecida para a posse. Dessa maneira, torna prudente afirmar que o Código Civil brasileiro não encampa a teoria de Ihering, de forma simples e pura, e sim a tese da posse-social, defendida por Perozzi, Saleilles e Hernandez Gil. Ponderando que o discurso entre Ihering e Savigny está superado¹¹⁶.

¹¹⁶ TARTUCE, Flávio - **Manual de Direito Civil**, p. 882.

3. O INSTITUTO DA USUCAPIÃO

3.1. Origens Históricas da Usucapião

No ordenamento jurídico brasileiro a propriedade não é adquirida exclusivamente pela via do contrato. Cuida-se de determinação oriunda das origens históricas do romano, com rápidas passagens do mais recente sistema alemão.

O brocado latino *traditionibus et usucapionibus, non nudis pactis, dominia rerum transferuntur* apresenta o conceito de que a propriedade da coisa se dá pela tradição e usucapião, não somente por acordo estabelecido entre as partes na transmissão da coisa.

Segundo José Alberto Gonzalez, historicamente a usucapião surge como maneira de cuidar da boa-fé dos que tinham comprado, de forma legítima, um bem sem se tornar, desde logo, seus donos. Ainda, quando o bem comprado não era exatamente do que se dizia proprietário, ou, não terem sido observados os requisitos da lei. Com o passar do tempo o conceito de usucapião alargou. Diz-se que a usucapião se justifica no bônus que deve ser atribuído a quem dá proveito econômico ao bem, mesmo não sendo senhor de algum direito sobre ela¹¹⁷.

No Direito Romano a delegação do domínio não ocorria pela simples atitude de quem transmitia o bem, dependia também da vontade do meio social. O bem imóvel necessitaria da tradição, entrega da posse direta àquele que adquiriu, ocupando totalmente o imóvel - *traditio brevi manu*; posteriormente, o objeto seria entregue àquele que adquiriu (*in conspectu posita*), quando se considerava ocorrida a *traditio longa manus*¹¹⁸.

Fato e acontecimento histórico a usucapião é instituto secular. O Código Civil brasileiro de 1916, influenciado pelo Código Civil francês, de maneira diferente da ordem romana, permitiu a transferência de imóveis pela simples realização do contrato (*solo consensu*), atribuindo a ele poder de transferir o bem.

Essa novidade foi criticada e entendeu-se que, independente da força do contrato de transferir o bem, a alienação só teria poder em relação a terceiros (*erga omnes*) quando se desse a inscrição no órgão de direito. O ordenamento local passou a guardar similaridade com o

¹¹⁷ GONZÁLEZ, José Alberto - **Direitos Reais (Parte Geral) e Direito Registral Imobiliário**, p. 100.

¹¹⁸ NETO, Francisco Ettore Giannico; AOKI, Luis Gustavo de Oliveira Santos - **Efetividade do Direito: O Reconhecimento da Usucapião pela Via Extrajudicial**, p. 396.

Código Civil da Alemanha, embasado fundamentalmente na transição do domínio diante da inscrição da avença no registro imobiliário¹¹⁹.

No ordenamento alemão há presunção *iuris et de iuri* do bem pelo registro da transação (negócio jurídico abstrato), de maneira independente da apuração posterior de defeitos ou máculas no documento que lhe originou.

Adequando as tradições germânicas e romanas, o sistema brasileiro passou a dispor o contrato como forma de gerar o direito de crédito entre os contratantes e o registro do bem imóvel no registro imobiliário competente como pressuposto à realização da transferência de dono. No entanto, de forma diferente do ordenamento alemão, no Brasil, o registro é tido como ato jurídico com causa, vinculado ao documento que transmite, apenas se operando no âmbito das cláusulas de validade e de suas forças. Opera com o registro um convencimento *juris tantum* de titularidade¹²⁰.

No que diz respeito à obtenção da propriedade, por usucapião, as exigências à época da Lei das XII Tábuas eram o gozo real do bem ou *possesso* e a permanência da posse, estabelecida em dois anos para os imóveis e um ano para os demais.

Segundo José Alberto Vieira, a posse que possibilitava a aquisição para a usucapião não era qualquer uma, retirando-se a usucapião em relação à coisa obtida com violência e ao bem roubado. Atribuiu-se desse modo um elemento subjetivo para a posse, que o possuidor tivesse de boa-fé quando da obtenção dessa, ou seja, que soubesse não estar lesando o direito de outros. Além da posse de boa-fé, a jurisprudência cobrava um título ou causa justa (*justa causa possidendi*). O título e a boa-fé eram pressupostos para se adquirir a propriedade por usucapião¹²¹.

Conforme Pontes de Miranda, não se pode adquirir por usucapião, “de alguém”. Na usucapião o principal fator é ter a posse, bastante, para de forma originária se obter; não, para alcançar de alguma pessoa. É provável que o direito novo tenha iniciado a se criar anteriormente à extinção do velho. Chega a hora em que esse não mais existe, soterrando o anterior. Ocorre a não mais possibilidade de existência conjunta, não o suceder. A continuidade não é delimitada entre os dois. Não há relacionamento entre o que perde o direito e o que o adquire¹²².

¹¹⁹ Idem, p. 397.

¹²⁰ Ibidem, p. 397.

¹²¹ VIEIRA, José Alberto - **Direitos Reais**, p. 375.

¹²² MIRANDA, Pontes de - **Tratado de Direito Privado. Parte Especial, Tomo XI. Direito das Coisas: Posse**, p. 117.

3.2. Noção Legal da Usucapião

Destaque de Clóvis Beviláqua, o tempo, salienta o autor, retrata poderio de força na vida do direito. “O que durou por muito tempo, segundo Windscheid, só por essa razão, parece alguma coisa de sólido e indestrutível. Na prescrição ele tem a função destruidora. *Edax rerum*”. O fundamento da usucapião é a posse somada ao tempo. A posse significa um fator objetivo; o tempo é a força que transforma o fato no direito assegurado¹²³.

Alguns traços caracterizados do instituto da usucapião do Direito romano pré-clássico, clássico e justiniano não existem mais no Direito moderno. O requisito de justo título ou de boa-fé para a usucapião já não é exigido no Direito português, Direito italiano e Direito francês. No Direito alemão para as coisas móveis, a boa-fé é imposta para a usucapião de coisas móveis, apesar da usucapião na Alemanha ter relevância menor que nos países da América Latina¹²⁴.

Segundo Pires de Lima e Antunes Varela, o Código Civil português de 1966 acompanhou o Código Italiano de 1942, que igualmente banuiu a palavra prescrição do âmbito do instituto. Substancialmente, porém, continua a usucapião a corresponder à prescrição positiva ou aquisitiva, sendo isto uma maneira de adquirir originariamente os direitos reais, pela transferência em jurídica de situação da vida fática. Apenas os direitos reais de gozo se podem adquirir pelo instituto da usucapião. E nem todos eles, o artigo 1.293º, afasta os direitos de uso, habitação e as servidões reais não aparentes¹²⁵.

A usucapião vive à sombra da prescrição. O artigo 1.292º, ao determinar, em relação a ela a aplicabilidade dos arts. 300º, 302º, 303º e 305º, além da matéria relativa à suspensão e interrupção, dá corpo sólido à afirmação.

O Código Civil português inicia a matéria determinando a inderrogabilidade do seu regime. Segundo o art. 300º, são nulos os negócios jurídicos destinados a modificar os prazos legais da prescrição ou facilitar as condições em que ela opere os efeitos. É proibida a renúncia antecipada da prescrição - art. 302º/1. Depois de a prescrição se consumir essa renúncia é possível, de modo expresso ou tácito, desde que operada por quem tenha legitimidade de disposição do benefício que a prescrição criou. A prescrição e a usucapião são institutos integralmente imperativos, o que se justifica pelas razões de interesse e ordem pública que dão fundamento ao instituto.

¹²³ BEVILÁQUA, Clóvis - **Direito das Coisas**, p. 170.

¹²⁴ VIEIRA, José Alberto - **Direitos Reais**, p. 376.

¹²⁵ LIMA, Pires de; VARELA, Antunes - **Código Civil Anotada**, p. 64.

A prescrição serve ainda escopos de ordem geral, atinentes à paz jurídica e segurança. Essa função só é parcialmente aproveitável, pois os credores do devedor que têm interesse em que este se beneficie da prescrição, a lei dá-lhes a possibilidade de a invocarem, conforme art. 305º, mas o tribunal não pode de ofício no Direito português constatar a prescrição.

No fundo, a prescrição visa tutelar o interesse do devedor, orientação que se comprova em termos históricos. A usucapião protege a pessoa que poderia estar na iminência de entregar a coisa, ou seja, o seu devedor, nunca aquele a quem a usucapião seja oposta. Num plano geral, os fundamentos da usucapião vão ao encontro dos da prescrição, ou seja, ambos os institutos têm, de resto, origem comum. Dito isto, a usucapião, pela pertença aos Direitos Reais e, dentro destes, à posse, serve além dos gerais, valores específicos.

Segundo António Menezes Cordeiro, a usucapião representa a base de todo o sistema dominial. Quando alguém invoque ser proprietário da coisa, deverá, sendo necessário, provar que a adquiriu lícita e legitimamente. Mas para isso, deve igualmente provar que a pessoa da qual recebeu a titularidade era, ela própria, dona legítima. Com efeito, deveria demonstrar que os antecessores desta eram titulares legítimos, na base de transmissões, num processo sem fim: *a diabólica probatio*. A usucapião permite superar o problema, realizada a prova da posse qualificada para tal, do próprio e seus antecessores, apenas até atingir os prazos legais, estará realizada a demonstração do domínio, com detrimento de quaisquer outros direitos, mesmo que registrados que se lhe oponham¹²⁶.

Devem, pois, aceitar-se susceptíveis de usucapião a propriedade, horizontal, a propriedade, a nua-propriedade, o direito de superfície, o usufruto, as servidões aparentes e o direito de habitação periódica instituído pelo Decreto-Lei n.º 355/81, de 31 de dezembro.

A usucapião encontra-se estabelecida nos artigos 1.287º e seguintes do Código Civil português, e segundo os artigos 1.293º, al. a), 1.297º e 1.300º, 1º, são exigidos dois requisitos obrigatórios, o tempo e a posse. A posse precisa pública e pacífica, por outro lado, o tempo, dependerá quanto à natureza do imóvel ou móvel possuídos. Deve-se, ainda, observar determinadas particularidades da posse, ser de boa ou de má-fé, titulada ou não titulada, estar ou não inscrita no registro¹²⁷.

A usucapião concretiza, depois, com adaptações, os fundamentos da prescrição. Tutela a paz social, protege a posse pacífica e pública, delimita a litigiosidade, representa o reduto sólido para a defesa da propriedade. É certo que, à medida que progrida o registro público de

¹²⁶ CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de Direito Civil XIII – Direitos Reais**, p. 699.

¹²⁷ SANTOS, Justo - **Direitos Reais**, p. 156.

imóveis e alguns móveis, o instituto da usucapião perde relevo prático, basta a certidão da conservatória do registro para provar a propriedade. Porém, enquanto fundamento último, ela conserva toda sua importância, e representa o modo originário de aquisição da propriedade¹²⁸.

A usucapião deve assumir certas características, além de ser observado certo período de tempo exigido pela lei. Cuida-se da noção integrada do que aquela que surge no artigo 1.287º. A figura corresponde ao que, o Código de Seabra (art. 505º, § único), conhecia-se por prescrição positiva ou aquisitiva.

Sendo uma maneira de aquisição de direitos reais de gozo é relevante ressaltar que o interesse social do instituto da usucapião é acentuado pela doutrina como sendo a característica essencial que assegura sua existência, na forma em que esta foi a medida encontrada na lei para possibilitar eliminar a diferença entre o fato e o direito¹²⁹.

Em realce de Durval Ferreira, se não houvesse o instituto da usucapião haveria a inadmissível insegurança quanto à existência de direitos reais de gozo sobre certos bens concretos e dúvidas quanto a seus titulares. Mesmo ilicitudes na gênese da posse, como até mesmo o “ladrão” ou o que “viola domicílio de outrem”, apesar de tais condutas serem tão graves que constituem crimes, todavia, adquirem por posse/usucapião, o direito de se tornar titulares dos bens da vítima. E invocando a usucapião, tal direito passa a ser *erga omnes*¹³⁰.

Ao lecionar, Flávio Tartuce retrata sobre os direitos reais de gozo ou fruição, circunstâncias em que há separação das características que dizem respeito ao domínio ou à propriedade, nominada propriedade limitada ou restrita. Como a própria denominação assegura, transfere-se a outra pessoa as qualidades de fruir e gozar a coisa. Esses direitos atribuem ao titular da relação jurídica a prerrogativa de realizar alguma utilidade, ou, função sobre a coisa objeto de propriedade de outro titular. Desde o instante que se implanta um direito desse tipo, passa a existir relação entre seu titular e o proprietário, que passa a chamar de “relação jurídica real”¹³¹.

O Direito português, nos dias atuais, acompanha a evolução do instituto da usucapião. O requisito do justo título não é realizado em lugar algum do sistema normativo, permitindo a usucapião respaldar quem, de forma simples, se apossa do bem, sem possuir qualquer título, ou aquele que possui a mera detenção, o que também vale para imóveis ou móveis. A boa-fé não

¹²⁸ CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de Direito Civil – XIII – Direitos Reais (1ª parte)**, p. 699.

¹²⁹ MINGAS, Marta Rodrigues - **A Usucapião de Imóveis Urbanos: Doutrina e Legislação Atuais**, p. 20.

¹³⁰ FERREIRA, Durval - **Posse e Usucapião versus Destaques e Loteamentos**, p. 47-48.

¹³¹ TARTUCE, Flávio - **Manual de Direito Civil**, p. 1086.

está presente entre as exigências, quedando-se sua relevância à caracterização de menor prazo da posse exigível para usucapir¹³².

Ressalva José António de França Pitão que, são tidos como possuidores ou detentores precários os indicados no artigo 1.253º. Estão nestas hipóteses todos aqueles que, tendo a detenção, não exercem sobre ela os poderes de facto com o *animus* de exercer o direito real correspondente, tal como o locatário, depositário ou comodatário. Estes não podem adquirir por usucapião, mas por meio da pessoa que representam, conforme o disposto no n.º 1 do artigo 1252º. A exemplo, os atos materiais realizados pelo arrendatário, os atos de posse relevantes para se adquirir por usucapião por parte do senhorio.

Conforme o artigo 1.289º todos podem adquirir. No que toca aos incapazes, também o possibilitam, seja de forma direta, ou por intermédio de outros.

Não se deve confundir posse com detenção. Esse fato traz repercussões na usucapião, considerando que quem tem apenas a detenção não deve adquirir o bem para si, salvo se houver a inversão do título, iniciando o transcurso do tempo depois dessa inversão. Isto se dá porque a detenção não é essencialmente posse (art. 1.290º CC).

No mundo jurídico apenas certos direitos podem ser adquiridos por usucapião. Consoante o determinado no artigo 1.287º do Código Civil português, os direitos reais de gozo podem ser adquiridos por usucapião.

Em observação de José de Oliveira Ascensão, a obtenção por usucapião não se dá de maneira automática, carece da vontade exteriorizada pelo possuidor em prol de que sejam garantidos os pressupostos legais. Todavia, uma vez atuada, a aquisição retroage ao início da posse. O efeito aquisitivo resulta da manifestação de vontade, sendo a ação de mera declaração¹³³.

3.3. Requisitos Gerais para a Usucapião no Direito Português

Uma das mais relevantes características referentes à tutela da posse é a concessão à mesma da ação aquisitiva do direito, nominada prescrição aquisitiva.

Segundo Rui Pinto Duarte, alguns fundamentos da usucapião estão na base da tutela da posse, como a garantia da confiança, a proteção da paz pública, a noção de continuidade. Há ainda que se perceber que a usucapião é reprodução do mecanismo historicamente inicial da aquisição da propriedade. A atribuição de efeito aquisitivo à posse implica em abstrato e em

¹³² VIEIRA, José Alberto - **Direitos Reais**, p. 377.

¹³³ ASCENSÃO, José de Oliveira - **Direito Civil: Reais**, p. 300.

concreto, a desconsideração de outros direitos conflitantes com a situação possessória. Essa desconsideração de outros direitos inclui os defendidos pelo registro, como resulta do art. 5º, n.º 2, do CR Predial, a estabelecer que a aquisição fundada na usucapião dos direitos de usufruto, propriedade, uso, habitação, superfície e servidão não depende do registro do facto aquisitivo (a posse)¹³⁴.

O Direito português estabelece três requisitos principais para a usucapião:

- Uma posse boa para usucapião;
- O decurso do prazo legal de posse (duração da posse);
- A invocação da usucapião pelo possuidor.

3.3.1. A posse boa para usucapião

Sendo a posse o que sustenta a usucapião, nem toda posse está apta a produzir esse efeito. É comum referenciar sobre a posse boa para usucapião, ou seja, aquela que possibilita adquirir esse direito real de gozo.

Por outro lado, não são todos os direitos reais de gozo que permitem à usucapião. A lei portuguesa determina, de maneira expressa, que não admitem usucapião as servidões reais não aparentes e os direitos de uso e habitação (art. 1.293º, 1.485º, 1.548º).

Segundo Rui Pinto Duarte, o amparo para se excluir as servidões não aparentes reside na sua característica de não ser revelada. Em relação aos motivos da exclusão dos direitos de habitação e de uso, os fundamentos parecem ser meramente práticos, ou seja, consistentes na problemática de se diferenciar o *corpus* desses direitos do *corpus* do usufruto¹³⁵.

Dois acórdãos são invocados por José António de França Pitão, com relação às servidões aparentes, a Servidão aparente; e a Usucapião. “Aquele que invoca usucapião na constituição de servidão aparente incumbe a prova, pelo menos em termos de mera probabilidade ou verossimilhança, do carácter permanente dos respectivos sinais (artigo 1.548.º do Código Civil)”. (Acórdão da Relação de Lisboa, de 18.06.1998, Boletim do Ministério da Justiça, 478, pág. 448).

“Servidões aparentes. Sinais visíveis e permanentes: I. As características de visibilidade e permanência dos sinais como requisitos da aquisição por usucapião de uma servidão não são exigíveis para todos os elementos materiais em que se compoem tal encargo. II. Basta que da

¹³⁴ DUARTE, Rui Pinto - **Curso de Direitos Reais**, p. 338.

¹³⁵ DUARTE, Rui Pinto - **Curso de Direitos Reais**, p. 341.

visibilidade e permanência de algum ou de alguns deles, resulte inequivocamente a existência da servidão.” (Acórdão da Relação de Coimbra, de 13.04.1999, Boletim do Ministério da Justiça, 486, pág. 371)¹³⁶.

A posse apta a levar à usucapião, tem de possuir invariavelmente dois pressupostos, quais são as de ser pacífica e pública. Isto extrai-se do artigo 1.297º, no que diz respeito às coisas imóveis, e do artigo 1.300º, n.º 1, em relação às coisas móveis¹³⁷.

Sendo a posse adquirida com violência, o prazo para a aquisição da usucapião não inicia o seu computo enquanto ela não tornar uma posse pacífica. Da mesma maneira, que a posse oculta não conduz à usucapião, salvo se ela se tornar uma pública.

O computo do prazo para usucapião só inicia quando a posse se torna pública e pacífica, o ato comprova que antes disso ocorrer a posse não era apta para usucapião. Além da particularidade de ser pública e pacífica, nenhum outro pressuposto se reclama para a posse ser boa à usucapião, nomeadamente não se exige que ela seja específica¹³⁸.

As demais particularidades que a posse por ventura possua, titulada ou não, de boa ou má-fé, incidir sobre imóvel ou móvel e estar ou não inscrita no registro, têm relevância somente no prazo exigido a usucapião.

O tempo exigido é menor ou mais extenso conforme se faça presente boa ou má-fé, e conforme as demais características possibilitem deduzir menor ou maior probabilidade da concretização do direito do possuidor e uma menor ou maior demonstração pública do fato.

Em se tratando de bens imóveis, o prazo da usucapião é mais exíguo se o possuidor tiver de boa-fé e se existir registro, seja do título, da simples posse (art. 1.294º a 1.296º); se forem bens móveis que se sujeitam a registro, o prazo será mais exíguo se existir boa-fé e título de obtenção do direito registrado (art. 1.298º); por fim, se forem outras coisas móveis, o prazo da usucapião é menor no caso de haver boa-fé e título de domínio (art. 1.299º)¹³⁹.

O prazo exigido para a usucapião diferencia, ainda, se a posse se der sobre coisas imóveis ou móveis: é mais exíguo em relação às coisas móveis por se compreender que, referindo-se a bens transacionados frequentemente e cuja situação jurídica é, normalmente, mais dificultosa de se verificar que a dos bens imóveis, deve contar prazo menor o embate entre o que tem um poder de fato e o titular do direito.

¹³⁶ PITÃO, José António de França - **Posse e Usucapião (Anotações aos artigos 1251.º a 1301.º do Código Civil)**, p. 205.

¹³⁷ VIEIRA, José Alberto - **Direitos Reais**, p. 379.

¹³⁸ Idem, p. 397.

¹³⁹ MINGAS, Marta Rodrigues - **A Usucapião de Imóveis Urbanos: Doutrina e Legislação Atuais**, p. 23.

Conforme disposto no artigo 1.288º do CC, alegada a usucapião, os seus efeitos retroagem à data do início da posse.

Para a aquisição por usucapião é imprescindível que estejam presentes os seguintes requisitos: a) a posse do bem; b) o decurso de certo período de tempo; c) a invocação triunfante desta forma de aquisição.

Nos termos do artigo 1.251º “a posse é o poder que se manifesta quando alguém actua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real”. Nessa definição trazida pelo código se inclui a noção do “*corpus*” - significando exercício dos poderes de facto que traga uma vontade de domínio - e a nota do “*animus*” - vontade de atuar como proprietário.

O tempo exigido para a usucapião varia segundo a natureza do bem, se imóvel ou móvel. O tempo é maior ou mais curto, dependendo se existir boa ou má-fé e segundo as outras características que possibilitem atribuir menor ou maior perspectiva da probabilidade do direito na pessoa do possuidor e uma menor ou maior divulgação do facto.

Nesse sentido, referindo-se a bens imóveis, o tempo para a aquisição da usucapião é mais exíguo se o possuidor estiver de boa-fé e se existir registro, tanto da posse, quanto do título (art. 1.294º a 1.296º); referindo-se a bens móveis que comportam registro, o tempo é menor se existir boa-fé do possuidor e título registrado de aquisição (art. 1.298º), e ainda, tratando-se outras coisas móveis, o tempo da usucapião é menor na hipótese de existir boa-fé e título de aquisição.

3.3.2. O decurso do prazo legal da posse

No Direito português, a maior dificuldade do instituto da usucapião está na disposição do período de duração da posse para a aquisição usucapião, vez que a legislação portuguesa dispõe de tempo diferenciado para o evento.

O critério mais importante de verificação do prazo legal localiza-se na classificação das coisas em móveis e imóveis. Após prever regras gerais na Seção I do Capítulo VI dedicado à usucapião, do artigo 1.287º ao 1.292º, a lei portuguesa inicia duas seções, a Seção II, aplicada à usucapião sobre coisas imóveis (art. 1.293º a 1.297º), e a Seção III, que disciplina e versa sobre a usucapião de direitos sobre coisas móveis (artigo 1.298º a 1.301º).

No regramento da usucapião de direitos sobre coisas imóveis, o principal critério classifica os possuidores de título aquisitivo do direito a que a posse refere, e que tenham realizado o registro, além dos que não o fizeram.

Existindo título e registro é aplicável o artigo 1.294º. Entretanto, este dispositivo determina dois prazos diferenciados para a usucapião conforme haja boa-fé ou má-fé.

Havendo registro do título e boa-fé de quem possui, o prazo exigido para a usucapião é de 10 anos (alínea a) do art. 1.294º). O prazo é contado a partir da data do registro.

Havendo registro e má-fé de quem possui, o prazo exigido para a usucapião é de 15 anos (alínea b) do art. 1.294º).

Se o possuidor detiver título, sem registro do documento, ou não detiver, pura e simplesmente algum título, o prazo exigido para a usucapião é o disposto do art. 1.296º. A lei, ainda, insere um último critério, a boa ou má-fé do possuidor, para definir o prazo.

Assim: a) Não existindo registro do título, sendo a posse de boa-fé, o prazo para a aquisição da usucapião é de 15 anos (art. 1.296º); b) Não existindo registro do título, sendo a posse de má-fé, o prazo para a aquisição da usucapião é de 20 anos (art. 1.296º).

Em acórdão citado por José António de França Pitão, do *Supremo Tribunal de Justiça* sobre a posse de boa-fé, senão veja-se:

- CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. TRADIÇÃO. POSSE DE BOA FÉ. USUCAPIÃO
- I- “A tradição da coisa em consequência do contrato de promessa da compra e venda, mesmo unilateral, confere a posse quando circunstâncias especiais a revelem, como é o caso da coisa ser entregue ao promitente comprador como se fosse sua e neste estado de espírito ele pratica diversos actos materiais correspondentes ao exercício do direito de propriedade.
 - II- A boa-fé no instituto da posse é de natureza *psicológica*, completamente desligada do *justo título* referido no art. 476.º do Código Civil de 1867, traduzindo-se no desconhecimento de se estar a lesar ou prejudicar terceiros, sendo o momento para disso aquilatar, nos termos do art. 1.260.º do Código Civil vigente, o da aquisição da posse.
 - III- A posse de boa-fé, subsistindo por mais de 15 anos, confere a aquisição da coisa por usucapião, nos termos do art. 1.296.º do Código Civil, ao promitente comprador, mesmo que este não tenha pedido expressamente, na reconvenção que deduziu para tal efeito, o cancelamento do registro predial da coisa a favor do autor-reconvindo.”

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 8 de maio de 2003, Coletânea de Jurisprudência, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, 2003, Tomo II, p. 46¹⁴⁰.

A lei portuguesa admite que o possuidor que não tenha título ou não portar título registrável poderá conseguir um título judicial e registrá-lo, usufruindo, assim, de menores prazos de que os determinados no art. 1.296º.

¹⁴⁰ PITÃO, José António de França - **Posse e Usucapião (Anotações aos artigos 1251.º a 1301.º do Código Civil)**, p. 239.

Conforme o art. 1.295º, nº 2 o possuidor pode realizar uma declaração judicial que tem a posse pacífica e pública de determinado bem conforme o direito, desde que possua a posse por, no mínimo, cinco anos. Essa decisão judicial poderá ser registrada (registro da mera posse).

Com o registro da decisão judicial que declare a posse, o prazo para a aquisição da usucapião será o seguinte:

- a) Cinco anos contados da data do registro, se a posse for de boa-fé (alínea a) do art. 1.295º).
- b) Dez anos contados da data do registro, se a posse for de má-fé (alínea b) do art. 1.295º).

O principal critério quanto à usucapião de direitos sobre coisas móveis estabelece a diferenciação entre coisas móveis sujeitas a registro (art. 1298º) e coisas móveis não sujeitas a registro (art. 1299º). Como critério complementar em cada um dos preceitos surge a boa e má-fé.

Nas coisas móveis que se sujeitam a registro o prazo para a usucapião diferencia conforme exista ou não tal documento. Se houver registro o prazo para a aquisição da usucapião é de:

- a) Dois anos se o possuidor estiver de boa-fé (alínea a) do art. 1.298º).
- b) Quatro anos se o possuidor estiver de má-fé (alínea b) do art. 1.298).

Não existindo registro do título de aquisição o prazo da posse para a usucapião é sempre de dez anos, independentemente da boa-fé ou má-fé do possuidor (alínea b) do art. 1.298º).

O regime do período de duração da posse para a aquisição da usucapião de coisas móveis que não se sujeitam a registro possui ainda um segundo critério, para além da boa ou má-fé do possuidor: a existência de um justo título (art. 1.299º). Existindo boa-fé e “justo título”, o período de duração da posse boa para usucapião é de três anos. Se não houver justo título, estando o possuidor de boa-fé ou de má-fé, o prazo para a usucapião será de seis anos.

O prazo de duração da posse precisa ser ininterrupto e contínuo. A interrupção por qualquer uma das formas permitidas na legislação prejudica o período de posse já transcorrido para a usucapião e ocasiona para quem pleitear a usucapião o exercício da posse durante todo o período do prazo da lei.

Importante ressaltar, conforme disponho no artigo 1.304, é que a usucapião pode se dar em relação aos bens do Estado ou qualquer pessoa coletiva pública, desde que pertençam ao domínio privado, os bens que pertencem às pessoas coletivas de direito público, ou que pertencem ao domínio público do Estado não podem ser adquiridos por usucapião¹⁴¹.

¹⁴¹ Idem, p. 137.

Assim, se a coisa pertence ao domínio privado do Estado, os prazos serão aumentados de 50% conforme o disposto no artigo 1º da Lei nº 54, de 16 de julho de 1913.

Por fim, não é permitida a usucapião das coisas que estão fora do comércio, que consoante o artigo 202, nº 2, do Código Civil português, são as coisas que não são objeto de direitos privados, como as que estão no domínio público e as que, por sua própria natureza, insuscetíveis de apropriação por parte dos indivíduos.

É também impossível a usucapião sobre os bens culturais conforme o artigo 34º da Lei nº 107/2001, de 08/09 - Lei de Bases do Patrimônio Cultural¹⁴².

3.3.3. Duração da posse e acessão da posse

No Direito romano ratificou-se a viabilidade do possuidor somar a sua posse à posse do primitivo possuidor. Apesar de caracterizar a posse de quem adquire como posse nova, diferente da posse de quem transmite, aceitou-se a junção das duas para a usucapião. A *accessio possessionis* possuía uma vantagem, ela possibilitava ao novo possuidor somar o seu período de posse com o do anterior possuidor¹⁴³.

O proveito da *accessio possessionis* está exatamente na usucapião. É justamente para somar o necessário prazo à usucapião, e o possuidor não permanece delimitado ao seu período de posse, possibilitando-se somar sua posse com a do antecessor.

A acessão na posse não vinha claramente tratada no Código de Seabra. Este documento apenas mencionava, de modo expresso, a sucessão na posse - entenda-se: *causa mortis*, deixando a doutrina na situação delicada de, com fundamento nos princípios gerais e da tradição românica, construir um sistema coerente de acessão na posse.

A não-regulamentação da acessão na posse levou a doutrina antiga a seguir a via mais restritiva, no entanto, essa restrição não tem nenhuma razão de ser, perante a atual legislação.

Para se dar a acessão, era preciso que as duas posses fossem ininterruptas, contíguas, e do mesmo tipo. A intervenção, entre as posses, da posse de um terceiro ou a ruptura, dão contexto possessório, impossibilitariam a acessão. A doutrina assevera que, no que diz respeito, a posse do mesmo tipo é assente no sentido de que, existindo diferenças, a acessão dá-se na posse menor. Cuida-se de uma diretriz considerada no Código Civil português atual.

Além do explanado, é preciso que exista uma ligação entre os dois possuidores que se sucedem. A transferência desse vínculo deve se dar de forma lícita, por tradição ou por

¹⁴² Lei nº 107/2001, artigo 34.

¹⁴³ VIEIRA, José Alberto - **Direitos Reais**, p. 383.

constituto possessório. Essa transmissão haverá de fundamentar-se num título abstratamente apto para possibilitar o direito correlato à posse.

A acessão na posse é tranquilamente compreendida como o regime que se destina a possibilitar uma melhor forma de funcionar à usucapião. É a esse propósito que os códigos clássicos, tais como o alemão e o francês, a concebem. Assim, não há que se obrigar, para a acessão na posse, outros requisitos além dos exigidos para a usucapião.

A acessão na posse é, basicamente, uma consequência da transferência da posse. Para produção de efeitos na aquisição da usucapião, soma-se o prazo, desde sua forma originária da situação possessória, sem levar em consideração subseqüentes transmissões. A acessão é simples decorrência da norma geral.

O costume romano da *accessio possessionis* subsiste modernamente nos códigos europeus. O Código Civil francês (art. 2.235°); o BGB alemão (§ 943); o *Codice Civile* italiano (art. 1.146°); o Código Civil português (art. 1.256°), todos trazem o instituto.

A acessão na posse foi expressamente introduzida pelo artigo 1.256°, assim redigido:

1. Aquele que houver sucedido na posse de outrem por título diverso da sucessão por morte pode juntar à sua posse a do antecessor.
2. Se, porém, a posse do antecessor for de natureza diferente da posse do sucessor, a acessão só se dará dentro dos limites daquela que tem menor âmbito.

Segundo Luís A. Carvalho Fernandez, no n.º 1 a acessão só ocorre quando o título anterior da posse não signifique o falecimento do possuidor anterior. Houve, pois, uma transferência da posse por ato *inter vivos*, por exemplo, uma compra e venda. Neste caso é conhecida a possibilidade de somar a sua posse com a posse do anterior, para contar o período que ela perdurou. Se as posses possuírem diferente natureza, conforme estatuído no n.º 2, a acessão só é possível na de menor valia, da de âmbito menor. Assim, se a posse exercida anteriormente era de má-fé e a posse do que adquire é de boa-fé, constatada a acessão, toda a posse, portanto, passa a ser de má-fé¹⁴⁴.

E como realça António Menezes Cordeiro, a acessão na posse é tranquilamente compreendida como um regramento com o fim de facilitar a forma como funciona a usucapião. É a esse propósito, aliás, que os códigos clássicos - o francês e o alemão - a consideram. Não é crível requerer para a acessão na posse maior número de exigências das que se fazem para adquirir à própria usucapião¹⁴⁵.

¹⁴⁴ FERNANDEZ, Luís A. Carvalho – **Lições de Direitos Reais**, p. 316.

¹⁴⁵ CORDEIRO, António Menezes – **A posse: perspectivas dogmáticas atuais**, p. 133.

A acessão na posse decorre da transferência da posse. Ou seja, para a usucapião, computa-se o tempo, desde o início da aquisição originária da posse, de forma independente de outras subsequentes transferências.

O regime da usucapião atual, em Portugal, dispensa qualquer forma de título e da boa-fé. Da mesma forma, uma posse sem título concede ao que a possui o direito à usucapião (conforme art. 1.296º para imóveis, e os artigos 1.298º, alínea b), 1.299.º e 1.300.º, n.2, no fim para móveis). O possuidor que, simplesmente, se apossou da coisa (art. 1.263º, alínea a)) ou que alterou o título da posse por oposição contra o possuidor anterior (art. 1.263º, alínea d) e art. 1.265º) pode, desde que sua posse seja pacífica e pública, e tenha transcorrido o prazo da lei, invocar a usucapião¹⁴⁶.

Quem possui atualmente pode unir a sua posse à posse daquele que lhe antecedeu, caso tenha obtido a posse deste por uma das maneiras de transferência da posse que o direito português admite, como o constituto possessório e a tradição, independentemente de ser válido o título de transferência. A transmissão pode carecer do título, sem que isto prejudique a acessão da posse. A ausência do título não anula a *accessio possessionis*.

3.3.4. Invocação da usucapião pelo possuidor

A usucapião não se torna eficaz com o mero transcurso do prazo da posse. Para que a usucapião se torne eficaz o possuidor deve invocar o instituto, ele deve mostrar sua intenção de usucapir a coisa a que se reporta a posse. Conforme disciplinado no artigo 1.292º do Código Civil, que determina a aplicação do artigo 303º do mesmo Código.

Nos moldes do artigo 303º, a usucapião, para ter eficácia, deve ser alegada por aquele a quem dela vai aproveitar, ou melhor, pelo possuidor.

A invocação da usucapião pode se dar da forma judicial ou extrajudicial. A invocação pela forma extrajudicial apresenta a mesma qualidade da obtida pelo Poder Judiciário.

É possível que a usucapião seja apresentada pelos credores ou terceiros que tenham legítimo interesse que ela seja declarada (art. 305º. ex vi do art. 1.292º), independente do querer do usucapiente.

Uma vez alegada a usucapião, a eficácia aquisitiva, ou melhor, a formação do direito real de gozo, não se faz operar somente para a frente, voltando ao passado (art. 1.288º).

¹⁴⁶ VIEIRA, José Alberto. **Direitos Reais**, p. 385.

A eficácia primordial da usucapião é aquisitiva. O art. 1.287º refere explicitamente que a posse possibilita ao possuidor a obtenção do direito cuja atividade conduz à sua concretização.

Segundo José Alberto González, a atividade judicial ou extrajudicial é simplesmente declarativa, pois a alegação da usucapião traz eficácia que retroage ao começo da posse (art. 1.288.º). A escritura pública ou a sentença concedida não precisam ser inscritas no registro para possuírem eficácia perante terceiros pessoas (art. 5º, nº 2/a), do Código de Registro Predial, entretanto, esse registro deve ser realizado toda vez que o direito que foi objeto da usucapião for onerado ou transmitido (arts. 9º e 34º, do Código de Registro Predial)¹⁴⁷.

A usucapião confere ao usucapiente a aquisição do direito exteriorizado pela posse. O direito que se adquire baseia-se somente na posse e não em outro direito concedido anteriormente de propriedade de outro. A totalidade dos direitos existentes anteriormente sobre o bem usucapido se acaba por falta de compatibilidade, uma vez invocada a usucapião.

Apesar do instituto da usucapião ser tratado pela lei como fato aquisitivo de direitos reais de gozo, o instituto pode realizar uma eficácia diferente, notadamente a eficácia extintiva. A usucapião age contrariamente aos interesses do proprietário do bem sobre o qual se dá a aquisição do direito. No entanto, a eficácia da aquisição do direito real de gozo, em benefício do autor da usucapião, não atende o titular do direito sempre do mesmo modo.

Como ensina José Alberto Vieira, nem toda vez ocorre um efeito extintivo junto com a eficácia aquisitiva. Quando a usucapião atende um direito de extensão menor, como superfície, usufruto, servidão, a usucapião não fulmina o direito de propriedade que já existe, mas somente o onera¹⁴⁸.

Como se percebe, não obstante efeito primordial da usucapião seja o efeito aquisitivo, podem existir outros efeitos que tenham associação à usucapião, como a oneração ou extinção do direito de propriedade.

A usucapião não é um fato de aquisição que ocorre de forma automática simplesmente por se manter uma posse boa para usucapião por um determinado período. O simples transcurso do prazo não admite a obtenção do direito real de gozo a que a posse expõe se o possuidor não evocar a usucapião para si (art. 303.º ex vi. do art. 1.292º). A usucapião origina-se da realização de um poder potestativo concedido àquele que possui: o direito a usucapir o direito real de gozo a que refere a sua posse. O desempenho deste poder ocorre quando o possuidor invoca a usucapião, que está de forma única submetido ao desejo do titular.

¹⁴⁷ GONZÁLEZ, José Alberto - **Direitos Reais (Parte Geral) e Direito Registral Imobiliário**, p. 103.

¹⁴⁸ VIEIRA, José Alberto - **Direitos Reais**, p. 395.

O Direito português não reconhece a diferenciação entre posse formal e posse causal. A posse pode ser concedida tanto ao possuidor formal como ao possuidor causal.

O possuidor causal poderá usucapir, somando, desta forma, os títulos, o primeiro, que concede o direito real de gozo que transforma a posse causal, e que poderá ser um acontecimento com eficácia real aquisitiva, como a sucessão, um contrato, a decisão judicial, e o segundo, a usucapião.

Conforme demonstra José Alberto Vieira, não se quer tratar de conceder, duas vezes, o direito ao mesmo possuidor, mas possibilitar ao detentor do direito real de gozo a comprovação da titularidade do direito por outro acontecimento (a usucapião) que não é aquele pelo qual ele adquiriu na origem. O possuidor causal não está numa situação inferior ao possuidor formal, ele também pode alegar a usucapião em seu benefício¹⁴⁹.

A usucapião desempenha importante função consolidativa da situação fáctica. Com a consolidação da usucapião facto que existe solidifica-se com a posição jurídica e a posse passa a ter a mesma titularidade do direito real de gozo, afinal, aquilo que coincide com a norma jurídica: o possuidor da coisa passa a ser a pessoa que possui o direito real de gozo sobre ela.

No dizer da doutrina, a aquisição concebe uma maneira de conquista originária de direitos reais de gozo. O direito adquirido através da usucapião representa um novo direito, não relacionando com as situações jurídicas reais já criadas sobre a coisa.

3.4. Espécies de Usucapião

A legislação portuguesa não apresenta uma divisão quanto às espécies de usucapião, como se dá no Direito brasileiro. No Direito português é realizada somente a separação em usucapião de bens móveis e imóveis com os pressupostos para que se possa usucapir, trazendo o artigo 1.293º o que não pode ser adquirido por usucapião. Por outro lado, o ordenamento brasileiro diferencia três espécies: a extraordinária, a ordinária e a constitucional ou especial, que se divide em rural (*pro labore*) e urbana (*pro moradia* ou *pro misero* e familiar). Salienta-se, ainda, a usucapião indígena com previsão na Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973¹⁵⁰.

¹⁴⁹ VIEIRA, José Alberto - **Direitos Reais**, p. 396.

¹⁵⁰ MARASCHIN, Inês Maria Viana; PEREIRA, Julliana Albuquerque Marques - **Modos de Aquisição na Propriedade: A Usucapião de Bens Imóveis Judicial e Extrajudicial em Portugal e no Brasil**, p. 136.

3.5. Espécies de Usucapião de Bens Imóveis na Legislação Brasileira

No Brasil são pressupostos mínimos para a usucapião: coisa hábil (*res habilis*), a posse (*possessio*), transcurso do tempo (*tempus*). Estes são os requisitos indispensáveis para todas as espécies de usucapião, além disso, há o justo título (*titulus*) e boa-fé, exigíveis somente na modalidade ordinária de usucapião.

3.5.1. Usucapião extraordinária comum

A usucapião extraordinária é aquela que, conforme a definição legal, independe de justo título e boa-fé. É necessário que haja posse justa, com ânimo de dono, exercida de maneira mansa, pacífica e ininterrupta durante o prazo de pelo menos quinze anos (artigo 1.238 do Código Civil), ficando aquém da legislação portuguesa, que exige 20 anos nos casos de não haver título de aquisição, nem registro deste título e a posse se dar de má-fé.

Não é relevante que o possuidor tenha conhecimento dos defeitos que afeta a sua posse ou do título que possa deter. Não se requer justo título ou posse de boa-fé. No Direito português, a usucapião extraordinária é literalmente classificada como de má-fé (artigo 1.296 do CCP).

O defeito da *causa possessionis* poderá se convalidar com o transcurso do tempo, uma vez acabada a clandestinidade, ou a precariedade da posse. Da mesma forma, os vícios presentes no registro imobiliário, desde que irremovíveis, podem ser convalidados com a usucapião.

Segundo Henrique Ferraz Corrêa de Mello, a tecnologia dos dias atuais diminui os caminhos, como é exemplo a *internet*, que propicia ao proprietário a tomada de decisões para obstar certos atos de maneira mais rápida e com maior eficácia. Essa diminuição tem levado em consideração a figura finalística da usucapião, como regime que visa delinear a propriedade conforme a função social. Quanto mais reduzido for o prazo, maior será o interesse social na utilização da coisa¹⁵¹.

Segundo entendimento de Lamana Paiva, Vitor Kümpel e Giselle Viana, essa modalidade teria de ser extirpada do ordenamento. Trata-se de modalidade inconstitucional, por não precisar que se cumpra a função social, se comum (artigo 1.238, *caput*, do Código Civil), além de não exigir a boa-fé, o que pode fazer com que o esbulhador se torne proprietário¹⁵².

¹⁵¹ MELLO, Henrique Ferraz Corrêa de - **Usucapião Extrajudicial**, p. 135.

¹⁵² PAIVA, João Pedro Lamana; KÜMPEL Vitor Frederico; VIANA Giselle de Menezes - **Usucapião Extrajudicial: aspectos civis, notariais e registraes**, p. 55.

3.5.2. Usucapião de posse-trabalho

A usucapião extraordinária (social) ou posse-trabalho, presente no artigo 1.238, parágrafo único do Código Civil, beneficia em cinco anos aquele que realiza a função social e econômica. Construiu o legislador uma subespécie com prazo ainda menor de 10 anos, na presunção de que o possuidor tenha realizado no imóvel a sua habitual moradia, ou nele feito serviços ou obras de caráter produtivo destinados à coisa usucapida.

Note-se que Portugal não considera o aproveitamento utilitário do bem, que no Direito brasileiro é cada dia mais observado, como uma maneira de reduzir os prazos para adquirir a usucapião, isso, com o fim de incentivar a regularização fundiária, a função social da propriedade e o comércio de imóveis¹⁵³.

3.5.3. Usucapião ordinária

Os tempos conjunturais não denotam mais a diferenciação do tempo para a usucapião ordinária conforme se refira a presentes ou ausentes, como subsistia no Código Civil anterior. A usucapião ordinária exige, além dos requisitos da usucapião extraordinária, a boa-fé e o justo título, também o prazo de dez anos.

O justo título exigido para a usucapião é aquele que, por algum vício formal ou substancial, não é apto a atribuir a sucessão da propriedade (artigo 1.242 do Código Civil). Evidentemente, o titular não possui um documento hábil e perfeito para ser registrado, pois nessa situação não existiria necessidade de usucapir.

Por justo título *ad usucapionem*, considera-se aquele que tem potencial para a transmissão da propriedade ou de o direito real que admita a usucapião. O conceito de justo título está diretamente relacionado ao de boa-fé, quem tiver a posse de maneira precária, clandestina ou violenta não possui justo título. Verdade é que se o possuidor portar o justo título presume-se que tenha a boa-fé, salvo se provar de forma diferente ou se a presunção for elidida pela legislação (artigo 1.201, parágrafo único do CC).

O questionamento do título ser válido ou não para se obter a usucapião deve ser visto conforme o caso concreto, levando-se em consideração o princípio da boa-fé, da aparência daquele que adquire. A questão central gravita em torno do título ser válido ou não, a doutrina questiona se seria aceitável o título eivado de nulidade.

¹⁵³ MELLO, Henrique Ferraz Corrêa de - **Usucapião Extrajudicial**, p. 135.

Exemplo de título justo é o recibo de compra e venda de imóvel, o instrumento particular de venda de um imóvel superior a trinta salários-mínimos, que só admitem serem realizadas por escritura pública, e que não foi feito o registro por existir algum vício formal (artigo 108 do CC). Sendo que, neste último caso, é possível pensar na conversão substancial (artigo 170 do CC)¹⁵⁴.

Segundo Henrique Ferraz Corrêa de Mello, para a caracterização de justo título, nos dias atuais, não é exigido o registro, pelo menos não no Brasil, diferente do que acontece nas normas portuguesas. Não há dúvidas de que no Direito português, assim como no Direito brasileiro, permanecem alguns traços dos romanos, tais como a boa fé e o justo título. No entanto, a legislação portuguesa adiciona outras regras, como o registro da posse e do título em alguns casos. Assim, os prazos da usucapião de imóveis, em Portugal, diferenciam conforme a presença ou não de título e posse de boa ou má-fé, registrados ou não registrados, iniciando-se pelo prazo de cinco anos, quando for realizado o registro da posse e boa-fé, a 20 anos, quando não existir o registro de título, nem mesmo da posse, e o autor da usucapião esteja de má-fé¹⁵⁵.

O registro do título de obtenção é marco para se aferir os prazos nas hipóteses de posse com título, pois os prazos serão computados desse registro. No entanto, o simples registro não influencia no cômputo do prazo da posse, se ela não for executada de forma efetiva desde a inscrição. O Código Civil português estabelece no artigo 1.296º: “Não havendo o registro do título, nem da mera posse, a usucapião só pode dar-se no termo de quinze anos, se a posse for de boa-fé, e de vinte anos, se for de má-fé”.

Nas normas portuguesas, com ou sem justo título, se a posse for de boa-fé, a usucapião se perfectibilizará no prazo de 15 anos. Na outra hipótese, a posse se perfectibilizará ao fim de 20 anos. No Direito brasileiro não se permite o registro da posse, salvo exceções, como acontece na expropriação e registro de título de legitimação de posse em terras públicas e particulares e no registro de imissão de posse.

Para a configuração da usucapião ordinária é indissociável a boa-fé. Exige-se a boa fé e o justo, porque pode existir o justo título sem existir a boa-fé, bem como a boa-fé sem existir justo título, apesar de se presumir a boa-fé quando houver o justo título. A boa-fé significa não conhecer a mácula que atinge a posse, é a convicção daquele que possui que o bem é seu. O possuidor tem como certo ter comprado o bem do verdadeiro proprietário¹⁵⁶.

¹⁵⁴ PAIVA, João Pedro Lamana; KÜMPPEL Vitor Frederico; VIANA Giselle de Menezes - **Usucapião Extrajudicial: aspectos civis, notariais e registrais**, p. 56.

¹⁵⁵ MELLO, Henrique Ferraz Corrêa de - **Usucapião Extrajudicial**, p.138.

¹⁵⁶ MELLO, Henrique Ferraz Corrêa de - **Usucapião Extrajudicial**, p.141.

3.5.4. Usucapião *secundum tabulas*

O Direito brasileiro, rico em modos de usucapião, deficiente em maneiras de admissão ao registro, que sejam fundamentais e eficientes, disciplinou outra espécie de usucapião ordinária descrita no parágrafo único do artigo 1.242 do Código Civil, diminuindo o tempo para a posse *ad usucapionem*, de 10 para cinco anos, se o bem imóvel tiver sido comprado, com origem no registro, que por algum motivo foi anulado, desde que aquele que possui tiver nele feito a sua morada, ou realizado benefícios de interesse econômico ou social.

Deve ser observado o artigo 214, § 5º, da Lei nº 6.015/73, que dispõe: “Artigo 214. As nulidades de pleno direito do registro, uma vez provadas, invalidam-no, independentemente de ação direta: [...] § 5º A nulidade não será decretada se atingir terceiro de boa-fé que já tiver preenchido as condições de usucapião do imóvel.”

Assim, não se cancela o registro administrativamente ou na esfera judicial por interpretação extensiva, se a nulidade a ser decretada alcançar terceiro de boa-fé, que já tiver completado as exigências para a usucapião.

Não se justifica cancelar o registro depois de efetivar-se o prazo da usucapião contado, pois o direito deve se efetivar visando pacificar a sociedade. Não há razões para ser cancelado o título em prejuízo de quem adquiriu, se preenchidos os pressupostos da lei, resgataria o domínio pela usucapião. Cancelar o registro é a última alternativa. É recomendado evitar se o possuidor já preencheu todos os pressupostos da usucapião¹⁵⁷.

3.5.5 Usucapião especial rural ou constitucional

A usucapião rural significa uma relevante ferramenta de política fundiária e agrícola para a reforma agrária, prevista no *caput* do artigo 191 da Constituição Federal, que dispõe: “Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição área de terra em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho, ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade”.

A mesma norma foi introduzida no artigo 1.239 do CC/2002; estando esse usucapião especial rural ou constitucional da mesma maneira regulamentada pela Lei nº 6.969/1981.

Em relação aos requisitos destaca-se:

¹⁵⁷ MELLO, Henrique Ferraz Corrêa de - **Usucapião Extrajudicial**, p.144.

A área não pode ultrapassar 50 ha, e deve se localizar em área rural. A posse é com *animus domini*, sem oposição e por cinco anos. O imóvel deve ser usado para o trabalho ou subsistência, sendo possível que seja utilizado na pecuária, na agricultura, no extrativismo ou em outro labor. Quem pretender adquirir o imóvel não poderá ser proprietário de outro, seja urbano ou rural.

Segundo Flávio Tartuce, os requisitos de boa-fé e justo título são presumidos de forma absoluta, em razão do fim que foi dado ao imóvel para atender a função social¹⁵⁸.

Cumpra ressaltar enunciados aprovados nas Jornadas de Direito Civil referentes ao tema: Enunciado n. 312 do CJP/STJ, da IV Jornada de Direito Civil, pelo qual “observado o teto constitucional, a fixação da área máxima para fins de usucapião especial rural levará em consideração, o módulo rural e a atividade agrária regionalizada”.

O STJ aplicando o referido enunciado concluiu que é permitido a usucapião agrária incidir em uma superfície menor que a do módulo rural, em especial, pela razão de ter sido mencionado na ementa da Jornada de Direito Civil somente a área máxima permitida, mas não a menor área.

A usucapião disciplinada no artigo 191 da Constituição (e artigo 1.239 do CC) e pela Lei. N. 6.969/1981, tem como principal característica a posse-trabalho. Para essa forma de usucapião é necessário que se explore a terra de forma racional e econômica, prestigiando o possuidor que atribui função social ao bem. O Estatuto da Terra, ao dispor sobre o módulo rural, o fez atribuindo uma área mínima, para que fosse suficiente ao aproveitamento do bem e para o sustento da família. O imóvel sobre o qual se exerce a posse deve ser apto a manter a subsistência da família. Toda a legislação que regulamenta a usucapião sempre assinalou a área máxima, mas nunca a área mínima a ser usucapida. Assim, é possível concluir que, mais importante que a área, é se o labor desenvolvido pelo possuidor torna a área produtiva¹⁵⁹.

Após o julgamento, a VII Jornada de Direito Civil, realizada em setembro de 2015, aprovou enunciado no sentido de que o ordenamento jurídico permite granjear a propriedade de área menor do que a área determinada no módulo rural para a região, através da usucapião especial rural (Enunciado n. 594).

¹⁵⁸ TARTUCE, Flávio - **Manual de Direito Civil**, p. 942.

¹⁵⁹ STJ – Resp 1.040.296/ES, 4. Turma, Relator Min. Marco Buzzi, Rel. p/ Acórdão Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=30096532&tipo=91&nreg=20>. Acesso em: 10 abr. 2023.

Para Flávio Tartuce, excepcionalmente, é possível deferir a usucapião mesmo tendo a propriedade uma área superior, desde que essa extrapole algo do que está determinado na lei, sendo o mais importante verificar se função social da posse está sendo cumprida, o material deve se sobrepor ao formal¹⁶⁰.

Nessa modalidade não se admite a *accessio possessionis*, isto é, a soma de intervalos de posse realizada por possuidores anteriores. No entanto, em substituição ao falecido, a cargo dos herdeiros, é permitida a sucessão a título universal.

A usucapião especial rural foi concebida com o fim de manter-se os indivíduos que moram no campo e zona rural, não há dúvidas de que o processo utilizado para se diferenciar o imóvel da zona urbana do imóvel localizado na zona rural não é aquele que prioriza o destino do bem, mas sim, o critério que prioriza o local do imóvel. Por isso, as críticas de alguns doutrinadores brasileiros sobre o aparecimento de verdadeiras ilhas rurais em solo considerado urbano, esses imóveis deveriam ter igual regramento atribuído na legislação para os imóveis rurais¹⁶¹.

3.5.6. Usucapião indígena

A usucapião especial indígena, regulada pelo artigo 33 da Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio), é aplicada ao índio, integrado ou não, adquirindo este a propriedade plena do imóvel rural inferior a cinquenta hectares, desde que o ocupe por dez anos consecutivos. Destaca-se, porém, que esta modalidade não se utiliza para as terras que pertencem ao domínio da União¹⁶².

Se a terra for usucapida ela passa a ser de propriedade particular do índio (art. 32 da Lei 6.001/73). A lei considera a efetiva ocupação da terra como posse do índio, conforme os costumes, usos e tradições, onde ele desempenha as tarefas indispensáveis para manter a sua subsistência. A legislação ressalta a usucapião da plena propriedade para não deixar qualquer desentendimento que pudesse surgir com o usufruto garantido aos índios no mesmo texto legal¹⁶³.

¹⁶⁰ TARTUCE, Flávio - **Manual de Direito Civil**, p. 944.

¹⁶¹ MELLO, Henrique Ferraz Corrêa de - **Usucapião Extrajudicial**, p.146.

¹⁶² PAIVA, João Pedro Lamana; KÜMPEL Vitor Frederico; VIANA Giselle de Menezes - **Usucapião Extrajudicial: aspectos civis, notariais e registrares**, p. 62.

¹⁶³ MELLO, Henrique Ferraz Corrêa de - **Usucapião Extrajudicial**, p.148.

3.5.7. Usucapião especial urbana ou *pro-misero*

A usucapião especial urbana tem assento na Constituição Federal, em seu artigo 183, retratado no artigo 9º da Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) e no artigo 1.240 do Código Civil.

A usucapião especial urbana assimila-se à usucapião especial rural, no entanto, foram realizadas as alterações das áreas urbanas, sempre observando-se a realização da função social da propriedade. A finalidade é a concessão da primitiva morada àquele possuidor que não é proprietário de outro imóvel. Essa modalidade de usucapião constitui-se relevante instrumento de regularização fundiária, integrando a política urbana do Município.

Observa-se da análise da legislação, que ante o fim de se atribuir a primeira morada, a área urbana do imóvel é menor, sendo possível que ela compreenda, no máximo, até duzentos e cinquenta metros quadrados, os quais deverão ser concedidos, exclusivamente, à moradia própria ou do grupo familiar, e ainda, ele não poderá ser proprietário de outro imóvel. Atendendo ao princípio da função social do imóvel, o tempo de posse é menor, exigindo-se posse mansa e pacífica pelo prazo de cinco anos, sem qualquer oposição por parte de terceiros e ininterruptamente¹⁶⁴.

Para essa espécie de usucapião não é possível somar-se o período de tempo imposto pela lei, por intermédio da adição da posse atual à posse dos que a antecederam. A *accessio possessionis* não encontra respaldo na modalidade de usucapião constitucional rural e urbana dos artigos 183 e 191 da Constituição Federal. Salienta-se, ainda, que não há referência quanto à boa-fé e o justo título pela suposição *iure et de iure* que esses requisitos se fazem presentes.

Merece destaque o julgamento do Superior Tribunal de Justiça que concluiu ser viável a usucapião constitucional urbana se o imóvel tiver utilização mista. “O requisito da exclusividade no uso residencial não está expressamente previsto em nenhum dos dispositivos legais e constitucionais que dispõem sobre a usucapião especial urbana. Assim, o uso misto da área a ser adquirida por meio de usucapião especial urbana não impede seu reconhecimento judicial, se a porção utilizada comercialmente é destinada à obtenção do sustento do usucapiente e de sua família.” O *decisum* confirma o caráter *pro misero* do instituto¹⁶⁵.

¹⁶⁴ FIGUEIREDO, Luciano; ROBERTO, Figueiredo. **Manual de Direito Civil**, p. 1245.

¹⁶⁵ STJ – Resp 1.777.404/TO, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 05.05.2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=0671.cod>. Acesso em: 22 abr. 2023.

Mantendo a coerência o Superior Tribunal de Justiça emergiu aresto admitindo a usucapião constitucional urbana em área menor ao módulo urbano permitido, da mesma forma que considerou possível a usucapião rural em área inferior ao módulo rural.

Conforme publicado no Informativo 584 do Tribunal. “Não obsta o pedido declaratório de usucapião especial urbana o fato de a área do imóvel ser inferior à correspondente ao ‘módulo urbano’ (a área mínima a ser observada no parcelamento de solo urbano por determinação infraconstitucional). Isso porque o STF, após reconhecer a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, fixou a tese de que, preenchidos os requisitos do artigo 183 da CF, cuja norma está reproduzida no art. 1.240 do CC, o reconhecimento do direito à usucapião especial urbana não pode ser obstado por legislação infraconstitucional que estabeleça módulos urbanos na respectiva área em que situado o imóvel (dimensão do lote) (RE 422.349-RS, Tribunal Pleno, DJe 5/8/2015)”¹⁶⁶.

3.5.8 Usucapião coletiva

A usucapião coletiva é prevista no artigo 10 da lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), com redação dada pela Lei nº 13.465/2017.

E dispõe. “Os núcleos urbanos informais existentes sem oposição, há mais de cinco anos, cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados, por possuidor, são suscetíveis de serem usucapidos coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.”

Assim sendo, são exigidos os seguintes requisitos:

- a) posse do imóvel pelo período de cinco anos;
- b) posse ininterrupta, mansa e pacífica e com ânimo de dono;
- c) área classificada como núcleo urbano informal;
- d) o total da área deve ser repartida pelo número de possuidores e ser inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados;
- e) os usucapientes não poderão ser proprietários de outro imóvel rural ou urbano.

O juiz, ao proferir a sentença, deverá atribuir a mesma fração ideal de terreno a cada possuidor, não obstante, a fração do terreno que cada possuidor ocupe na área, salvo se houver algum acordo determinado entre os condôminos, estipulando frações ideais diferentes para cada

¹⁶⁶ STJ – Resp 1.360.017/RJ. Rel. Min. Ricardo Vilas Bôas Cueva, j. 05.05.2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%22REsp%22+com+%221360017%22>. Acesso em: 22 Abr. 2023.

um (§ 3º, art. 10, Lei nº 10.257/01). A sentença judicial em que fixada a área ideal de cada um dos possuidores produzirá a eficácia de constituição de condomínio indivisível e especial, cuja dissolução não fica permitida, salvo deliberação de dois terços dos condôminos ocorrendo posterior urbanização (§ 4º, art. 10, Lei nº 10.257).

O mandado judicial, em matéria de usucapião coletiva, será encaminhado ao oficial do registro imobiliário onde estiver a maior parte do imóvel (se em mais de uma circunscrição) e, após a qualificação positiva, serão encerradas as matrículas primitivas e nelas averbado o destaque e a abertura de uma única matrícula, estabelecendo o condomínio especial e ficando a mesma fração de área proporcional ao número de titulares determinados pelo juiz, respeitada a especialização objetiva e subjetiva¹⁶⁷.

3.5.9. Usucapião familiar, conjugal ou por abandono do lar

A Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011, ao tutelar matérias relativas ao Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV), acrescentou o art. 1.240-A ao Código Civil.

No documento consta, “Aquele que exercer, por dois anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250 metros quadrados cuja propriedade seja dividida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”.

Essa modo de usucapião deve observar os pressupostos da usucapião constitucional urbana, salvo no que toca ao prazo, que é de dois anos, a partir do efetivo abandono do lar por um dos cônjuges ou companheiros.

São requisitos dessa usucapião:

- a) propriedade única entre cônjuges ou companheiros;
- b) o vínculo familiar;
- c) que o imóvel esteja localizado na zona urbana ou de expansão urbana, de forma regular por matrícula, com metragem máxima de 250m² de área total de condomínio edilício ou de área de terreno;
- d) com a intenção de derelicção do bem;
- e) posse incontestada e sem interrupção pelo prazo de dois anos;
- f) moradia da família ou própria;

¹⁶⁷ PAIVA, João Pedro Lamana; KÜMPEL Vitor Frederico; VIANA Giselle de Menezes – **Usucapião Extrajudicial: aspectos civis, notariais e registrais**, p. 60.

g) propriedade exclusiva;

h) proposição única da ação de declaração do usucapião tabular familiar.

Segundo Lamana Paiva, Kümpel e Giselle Viana, o afastamento do imóvel deve ser espontâneo, imotivado e definitivo. A regra tem por intuito, de um lado, punir o cônjuge ou companheiro que deixou imotivadamente o lar, e de outro, proteger aquele que permaneceu no imóvel. Parte da doutrina, enxerga nesse dispositivo um retrocesso na evolução do instituto do divórcio, pelo fato de que teria introduzido novamente a discussão da culpa no desfazimento do relacionamento afetivo, mesmo após a Emenda Constitucional nº 66/2010. No entanto, o pressuposto do abandono do lar não introduz novamente a discussão de quem possui a culpa na separação ou no divórcio como questionam alguns doutrinadores. A legislação adotou a exigência do abandono do lar levando em consideração esse requisito somente para fins de demonstrar a posse, o juiz da vara cível ou da vara registral aferirá a questão tão somente para fins possessórios¹⁶⁸.

Salientam os autores que, há quem veja na regra uma função mais voltada à regularização fundiária. Sustenta-se que a finalidade da usucapião familiar seria sobretudo o de regularizar a situação dominial de imóveis populares, além da realização de melhoramentos no ambiente das cidades, assim como na promoção do nível de vida do corpo social.

Em uma interpretação consentânea com a Constituição, o abandono do lar deve ser visto não em seu aspecto meramente físico, mas assistencial e moral. Assim, não deve ser penalizado pela privação da propriedade o ex-cônjuge ou ex-companheiro que, embora tenha deixado o imóvel, continua prestando assistência material e moral à família. Da usucapião familiar, decorre o caráter personalíssimo da posse, que não poderá ser aproveitada por eventuais sucessores. Não se permite a *accessio possessionis* nem a *sucessio possessionis*¹⁶⁹.

Indaga-se se, ao empregar as expressões “ex-cônjuge” e “ex-companheiro”, o legislador estaria exigindo o divórcio ou mesmo a dissolução da união estável, ou bastaria a separação de fato. Cumpre observar que o artigo 197 do Código Civil prescreve que não corre a prescrição entre os cônjuges na constância da sociedade conjugal, sendo a regra, em princípio aplicável à usucapião por força do art. 1.244. Deve-se ter em conta que tal regra tem por escopo preservar a harmonia familiar, valor que deixa de existir após a separação de fato do casal. Assim parece

¹⁶⁸ PAIVA, João Pedro Lamana; KÜMPEL Vitor Frederico; VIANA Giselle de Menezes - **Usucapião Extrajudicial: aspectos civis, notariais e registrares**, p. 61.

¹⁶⁹ Idem, p. 61.

mais oportuno entender que o termo inicial do prazo bienal da usucapião familiar seja a data da separação de fato, e não do divórcio¹⁷⁰.

Finalmente, cumpre observar que o período de tempo de dois anos exigido para a usucapião familiar apenas deve ser considerado a partir da vigência da Lei nº 12.242/2011. Tratando-se de modalidade nova, não poderia retroagir por um imperativo de segurança jurídica.

3.6. Da Usucapião Extrajudicial

3.7. Da Usucapião Extrajudicial em Portugal

Com a finalidade de resolver a questão da ausência e deficiência da documentação que embasassem a aquisição de imóveis, a lei portuguesa, desde a Lei Hipotecária de 1863, fomentou a inserção de maneiras eficazes para suplementar essa questão. Necessitando o proprietário do título formal, era-lhe permitido matricular a posse, realizando a justificação judicial previamente, procedimento esse que gerava o convencimento de que seria titular do direito. O referido processo não era admitido para os bens inscritos em nome de outrem. O interessado precisava trazer a juízo os documentos e testemunhas que comprovassem os atos possessórios, além do mais, deveria promover a citação, por edital, das pessoas que não pudessem ser identificadas¹⁷¹.

Como salienta Mónica Jardim, para solucionar o problema da ausência ou deficiência de documentos para comprovar a aquisição de imóveis, o legislador português concebeu a “justificação de direitos”. A referida justificação mostrou-se como uma maneira acessível a qualquer um que tivesse interesse, fosse permitido postular em juízo o título para lhe assegurar o direito, no caso, o interessado não detinha a documentação necessária para embasar o requerimento de registro. O procedimento visava que o interessado conseguisse a inscrição nos casos em que não houvesse oposição ou litígio. A justificação foi estruturada somente para solucionar questões que tratassem da ausência de documentação, para tanto, era necessário que ocorresse a total ausência de controvérsia sobre o título. O Direito português, inicialmente, admitia apenas a justificação da posse¹⁷².

¹⁷⁰ Ibidem, p. 62.

¹⁷¹ MELLO, Henrique Ferraz Corrêa de - **Usucapião Extrajudicial**, p. 179.

¹⁷² JARDIM, Mónica – **Escritos de Direito Notarial e Direito Registral**, p. 388.

Com a entrada em vigor da Lei Hipotecária foi admitida a inscrição da posse, para os casos em que o titular não conseguisse matricular o domínio, melhor, o direito que originou a propriedade e que ele teria adquirido anteriormente à vigência da lei, por faltar o título formal apto para se inscrever no registro. A lei não possibilitou a inscrição do domínio, nem previu a justificação desse domínio, mas passou a prever a justificação da posse, essa justificação tinha o poder de gerar a presunção do título, por sua vez, concedia a inscrição no registro.

Com a lei ficou assegurado que a posse não prevaleceria sobre o direito de propriedade, caso este direito coubesse a outra pessoa, que pertencesse a outrem que não o possuidor. O proprietário do direito real somente sofreria algum prejuízo pela posse que fosse inscrita que tivesse durado o prazo exigido pela lei para a aquisição por usucapião.

Ao possuidor era interessante inscrever sua posse, e aquela que estivesse com registro organizava a sua preparação para formar o título a fim de adquirir a propriedade. Com o passar do tempo o possuidor poderia, de forma legal, adquirir o título de domínio que necessitava para obter a prescrição aquisitiva.

O Código Civil de Seabra de 1867, conforme disposto no nº 5 do artigo 949º, passou a disciplinar o registro da justificação judicial da posse, com diminuição do prazo de cinco anos para adquirir a usucapião (art. 526).

A justificação de direitos regulamentada pelo art. 3º do Decreto nº 4.619, de 13 de julho de 1918, determinou tão somente a justificação judicial do domínio, do direito de propriedade obtido anteriormente à entrada em vigor do Código de Seabra.

Com a Lei nº 2.049, de 6 de agosto de 1951, sobreveio a justificação extrajudicial de direitos reais, possibilitando não somente a primeira inscrição, mas ainda, o reatamento do trato sucessivo, exprimindo maneira de possibilitar a inscrição do domínio que houvesse sido obtido por prescrição.

No ano de 1984, com o surgimento do Decreto-Lei nº 224/84, de 6 de julho - Código de Registro Predial -, as justificações judicial e notarial também avançaram para ser estabelecido um novo trato sucessivo. A justificação foi alterada, passando a abranger circunstâncias em que ocorresse a ruptura na sequência das aquisições realizadas de forma derivada, desde o antigo titular registral, até o mais recente, por consequência, se aparecesse a demanda de este ter de recorrer às circunstâncias de que provinha sua posse e obtenção por meio da usucapião¹⁷³.

Em 23 de agosto de 1984, o Código Notarial foi alterado pelo Decreto-Lei nº 286/84, acrescentando o art. 101-A, nº 1, nos seguintes termos: “A justificação, nos termos do nº 3 do

¹⁷³ JARDIM, Mônica - **Escritos de Direito Notarial e Direito Registral**, p. 413.

art. 116º do Registro Predial, consiste na afirmação, feita pelo interessado, das circunstâncias em que baseia a aquisição originária, com dedução das transmissões que a tenham antecedido e das subsequentes.”

Por esse Decreto-Lei nº 286/84, instituiu-se outra importante modificação no Código Notarial, visto que, a justificação notarial para a finalidade de instauração de novo trato sucessivo ou reatamento do trato sucessivo não poderia dispensar de anterior notificação judicial reservada do proprietário, conforme o estabelecido no princípio do contraditório.

Desde 1984, na eventualidade de não alcançar a prova da intervenção do proprietário matriculado no registro predial, quer porque estivesse afastado de todo o procedimento, como no caso da usucapião, quer porque, apesar de intervir não possuir documentação válida para mostrar sua manifestação, à exemplo da elaboração sem a devida forma exigida na lei, ou o extravio, outros, determinava-se a sua intimação previamente à realização da escritura de justificação.

Com o Decreto-Lei nº 312/90, foi criado outro processo especial, desta vez, com trâmite nas conservatórias do registro predial, para finalidade de suprir a ausência de documentos formais essenciais ao registro, como possibilidade à escritura de justificação notarial ou ao processo judicial.

Segundo Henrique Ferraz Correa de Mello, apesar de ser possível instaurar novo trato sucessivo no registro predial, esse dispositivo legal não foi realizado na prática, porque o procedimento deveria ser iniciado por solicitação mesmo verbal do requerente, através de requerimento feito pelo conservador, cuja estrutura não suportava esse serviço. Assim, o Conselho Técnico dos Registradores e do Notariado resolveu que os Serviços de Registro não seriam obrigados a atender esse processo de justificação¹⁷⁴.

É importante salientar que, no encadeamento da doutrina de desjudicialização de temas que não consolidavam verdadeiramente um embate, o Decreto-Lei nº 273, de 13 de outubro de 2001, resultou por instituir a mudança dos tribunais para as conservatórias das competências que dizem respeito aos processos com características puramente registrais, terminando com o processo de justificação judicial¹⁷⁵.”

O Decreto-Lei nº 273/2001, modificou o Código Notarial, ele ampliou o rol de legitimados a interferir na categoria justificante. Além daquele que se atribui proprietário do direto, o Decreto-Lei acabou por aceitar como justificante quem demonstrar possuir genuíno

¹⁷⁴ MELLO, Henrique Ferraz Corrêa de - **Usucapião Extrajudicial**, p. 181

¹⁷⁵ MELLO, Henrique Ferraz Corrêa de – **Usucapião Extrajudicial**, p. 181.

interesse no registro do fato, inclusive sendo admitido o que tiver direito de crédito contra o dono do direito que está sendo justificado (art. 92º do Código Notarial)¹⁷⁶.

3.7.1. Justificações no Direito atual: justificação notarial, processo de justificação

Atualmente, em Portugal, coexistem duas maneiras de justificação, expostas na notarial, prevista no Código Notarial¹⁷⁷, e o processo de justificação que tramita nos serviços de registro predial¹⁷⁸.

Conforme ensina Mónica Jardim, a justificação, em qualquer das suas *formas*, é admitida para duas diferentes situações em que torna necessário inteirar a falta de documentação¹⁷⁹:

a) Nos casos em que nunca existiu alguma aquisição derivada que fosse válida, porque em nenhum momento se buscou adquirir de forma derivada o direito, ou ainda, apesar de se ter buscado, não se realizou o acto jurídico ou o negócio jurídico conforme a legislação. [Neste caso o interessado não possui nenhuma documentação ou algum comprovante que obteve o direito. Conquanto, o interessado perpetrou a posse, de forma pacífica, mansa e publicamente, por alguns anos e alegou a usucapião.

b) Houve uma aquisição derivada com documentos, mas não é possível obter a documentação, ou o documento não é encontrado, por exemplo, por ser desconhecido o lugar e a instituição onde foi realizado, por se ter perdido ou danificado as estruturas em papel e não ser mais viável produzi-los novamente.

Segundo Fernando Neto Ferreirinha, muitas vezes, os interessados deparam com problemas no registro, advindos da ausência ou deficiência da documentação que se faz necessária, muitas vezes, impedidos de comprovar o seu direito e, por consequência, transferir ou impor algum ônus sobre os bens que possui. A legislação trouxe uma solução, a justificação, visando tornar possível a formação do início do trato sucessivo, inscrição prévia e continuidade das inscrições, toda vez que os interessados não possuam títulos, mas provem os seus direitos¹⁸⁰.

¹⁷⁶ JARDIM, Mónica – **Escritos de Direito Notarial e Direito Registral**, p. 420.

¹⁷⁷ Cfr. Os arts. 89º a 101º do Cód. Not. De 1995, com alterações introduzidas nos arts. 92 e 99º pelo Decreto-Lei nº 273/2001, de 13 de Outubro.

¹⁷⁸ Cfr. Decreto-Lei nº 273/2001, de 13 de Outubro

¹⁷⁹ JARDIM, Mónica – **Escritos de Direito Notarial e Direito Registral**, p. 422.

¹⁸⁰ FERREIRINHA, Fernando Neto - **A justificação notarial para fins do registro predial**. Trabalho apresentado no *Congresso de Direitos Reais*, realizado na Faculdade de Direito de Coimbra, em 28 e 29 de novembro de 2003, no âmbito das Comemorações dos 35 Anos do Código Civil. Disponível em:

Em síntese, a partir da suposição que o interessado não possui a documentação necessária para demonstrar que é titular do direito, são admitidos os seguintes casos de justificação notarial para os fins de registro (art. 89º e ss. do Código Notarial)¹⁸¹.

- a) Para conseguir a primeira inscrição, melhor, estabelecer o trato sucessivo em relação a imóveis ainda não descritos ou, se tiverem sido descritos, quando não possuam inscrição de aquisição ou similar;
- b) Para o reatamento do trato da sucessão, quando a cadeia das aquisições intermediárias não se dá entre o proprietário inscrito até o proprietário atual, ocorrendo, entretanto, que, em relação a alguma dessas transferências as partes não possuem a documentação que possibilite a prova, apesar de terem sido realizadas conforme a lei.
- c) Para o estabelecimento de novo trato sucessivo, abarcando casos em que se opera uma ruptura na ordem das aquisições de forma derivada, por descuido do proprietário, fazendo por isso preciso que o que justifica evoque a posse que conduz à usucapião, enquanto um fundamento originário para a aquisição do bem.

Não se tratando de primeira inscrição, mas de instalação de trato sucessivo novo, a legislação lusitana não reconhece a usucapião como forma de aquisição originária, em manifesto confronto com o artigo 5º, nº 2, “a”, do Código de Registro Predial, passando a exigir do interessado o vínculo causal de transferência dos respectivos dos direitos, possibilidade que pode afastar a justificação notarial e o processo de justificação a ser realizado no ofício predial, tornando inviável a usucapião.

3.7.2. O processo de justificação a correr nos serviços de registro predial com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei 116, de 4 de julho de 2018

Cabe salientar alguns aspectos relevantes do processo de justificação disciplinado pelos artigos 117º-B a 117º-P do Código de registro Predial, com as modificações trazidas pelo Decreto-Lei 116, de 4 de julho de 2008 – que se manifesta como opção à escritura de justificação notarial nas variadas possibilidades tais como o estabelecimento do trato sucessivo, reatamento do trato sucessivo e estabelecimento de novo trato sucessivo.

<https://www.yumpu.com/pt/document/read/23513724/a-justificaaao-notarial-para-fins-do-registo-predial-instituto-dos->. Acesso em: 20 abr 2023, p.2.

¹⁸¹ Idem, p. 2

O processo de justificação tem início com o requerimento em um serviço de registro que tenha a competência para realizar o ato de registro predial, cabendo ao interessado explicar, segundo o determinado artigo 117º-B:

1– O processo inicia-se com a apresentação do pedido em qualquer serviço de registro com competência para a prática de actos de registro predial.

2 – No pedido o interessado solicita o reconhecimento do direito em causa, oferece e apresenta os meios de prova e indica, consoante os casos:

a) A causa da aquisição e as razões que impossibilitam a sua comprovação pelos meios normais, quando se trate de estabelecer o trato sucessivo relativamente a prédios não descritos ou a prédios descritos sobre os quais não incida inscrição de aquisição, reconhecimento, ou mera posse;

b) As sucessivas transmissões operadas a partir do titular inscrito, com especificação de suas causas e identificação dos respectivos sujeitos, bem como das razões que impedem a comprovação pelos meios normais das transmissões relativamente às quais declare não lhe ser possível obter o título;

c) As circunstâncias em que se baseia a aquisição originária, bem como as transmissões que a tenham antecedido e as subsequentes, se estiver em causa o estabelecimento de novo trato sucessivo nos termos do nº 3 do artigo 116º.

3 – Sendo invocada a usucapião como causa da aquisição, são expressamente alegadas as circunstâncias de facto que determinam o início da posse, quando não titulada, bem como, em qualquer caso, as que consubstanciam e caracterizam a posse geradora da usucapião.

4 – O prédio objeto do direito justificando deve ser identificado no pedido nos termos exigidos na alínea b) do nº 1 do artigo 44º.

O imóvel deve ser individualizado, com as referências que se fazem necessárias à sua descrição, inclusive a correta indicação fiscal. É necessária a organização da documentação que comprove as transferências anteriores e as posteriores ao fato que está se justificando, entretanto, a ausência da documentação poderá ser justificada pela inviabilidade de conseguí-los.

Com relação à justificação, de acordo com J. A. Mouteira, tanto a realizada através de escritura, ou efetivada através de processo, só é viável quando estiverem presentes alguns requisitos que assegurem que esse modo é exercido de forma lícita e legítima. O requisito inicial é a ausência absoluta de qualquer fato controverso. Existindo algum fato duvidoso em relação àquele que justifica ou algum litígio em relação ao bem, torna-se impossível a justificação. Para se realizar a justificação carece a provável certeza de que o fato é existente e que o notário que realiza o documento acredite que o fato é real. A justificação pretende a concretização de um título formal, visando modificar o registro. É pressuposto ser verdadeiro e da ciência das pessoas que quem pretende justificar possui o direito que alega, por essa razão, tanto no processo como na escritura, ele próprio e suas testemunhas afirmam o direito. Acontece

somente quando o justificante não tem ou não localiza os documentos necessários para o devido registro¹⁸².

A justificação notarial retrata maneira excepcional de inscrever os direitos, de forma a suprir quando se der a ausência ou a deficiência dos títulos que são normais à aquisição.

Conforme disposto no art. 117.º-E do Código de Registro Predial: “Efectuada a apresentação, é oficiosamente averbada a pendência de justificação, reportando-se à data daquela os efeitos dos registros que venham a ser efectuados na sequência da justificação.”

Conforme 117ºG, 2, do Código de Registro Predial: “Caso a justificação se destine ao reatamento ou ao estabelecimento de novo trato sucessivo, é notificado o titular da última inscrição, quando se verifique falta de título em que ele tenha intervindo, procedendo-se à sua notificação edital ou de seus herdeiros, independentemente de habilitação, quando respectivamente, aquele titular esteja ausente em parte incerta ou tenha falecido.”

Nos termos do art. 117º-F, 1:

Sempre que o pedido seja manifestamente improcedente pode ser liminarmente indeferido, por despacho fundamentado, sendo notificado o interessado.

2 - O justificante é convidado para, no prazo de dez dias, juntar ao processo os documentos em falta ou prestar declaração complementar sobre os elementos de identificação omitidos, sob pena de indeferimento liminar da pretensão, nos casos:

a) Se ao pedido não tiverem sido juntados os documentos comprovativos dos factos alegados, que só documentalmente possam ser provados e cuja verificação constitua pressuposto da procedência do pedido; ou,

b) Se ao pedido e dos documentos juntados não constarem os elementos de identificação do prédio exigidos para a sua descrição, nos termos da alínea b) do nº 1 do artigo 44.

3 - O disposto no número anterior não se verifica se o serviço de registro puder obter os documentos ou suprir a ausência dos elementos em falta por acesso às bases de dados das entidades competentes ou qualquer outro meio idóneo, designadamente por comunicação com o impugnante.

Pode o justificante impugnar a decisão de indeferimento liminar. A decisão que indeferir a impugnação pode ser reparada em razão dos fundamentos alegados, mas não sendo a decisão modificada, serão notificados os interessados. Havendo oposição o procedimento será finalizado e as partes serão encaminhadas para o Poder Judiciário (art. 117º-F).

O processo apenas será encaminhado ao tribunal se as partes envolvidas concordarem que os atos praticados sejam aproveitados. Se não houver oposição o processo seguirá, ouvindo-se as testemunhas. E, passado o prazo de 10 dias, será proferir decisão final, notificando-se os interessados em cinco dias para interpor o recurso no prazo de 30 dias para o tribunal de 1ª

¹⁸² GUERREIRO, José Augusto Mouteira - **Temas de Registros e de Notariado**, p. 49.

instância com competência. Esse recurso é chamado de impugnação judicial (art. 117-I, do Código de Registro Predial)¹⁸³.

O Ministério Público e os interessados podem interpor recurso, no prazo de 30 dias, da decisão proferida pela conservatória para o tribunal competente de 1ª instância na área a que pertencer a conservatória.

O recurso cabível tem efeito suspensivo. Se não houver recurso a decisão proferida torna-se definitiva e o conservador lavra os registros oficiosamente, realizando a publicação da decisão em sítio da internet.

Interposto recurso, e sendo aceito pelo respectivo tribunal competente, deve ser realizada a notificação dos interessados para a contrariedade em dez dias (art. 117.º-J, 1). Não havendo lugar para qualquer notificação ou finalizado o prazo para a contrariedade, os autos serão encaminhados ao Ministério Público (117.º-J,2).

Da sentença que for proferida pelo tribunal de 1.ª instância são admitidos para interpor recurso para o tribunal da Relação, com efeito suspensivo, os interessados e o Ministério Público, no prazo de 30 dias (art. 117.º-L).

Conforme art. 117.º - L:

Por sua vez, além dos casos em que é sempre admissível o recurso, do acórdão da Relação cabe, ainda, recurso para o Supremo Tribunal de Justiça nas hipóteses seguintes:

- a) Quando esteja em causa uma questão cuja apreciação, pela sua relevância jurídica, seja claramente necessária para a melhor aplicação do direito;
- b) Quando estejam em causa interesses de particular relevância social;
- c) Quando o acórdão da Relação esteja em contradição com outro, já transitado em julgado, proferido por qualquer Relação ou pelo Supremo Tribunal de Justiça, no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito, salvo se tiver sido proferido acórdão de uniformização de jurisprudência com ele conforme.

Por fim, nos termos do art. 117.º-N, se o interessado não conseguir demonstrar o seu pedido e este for declarado improcedente, mesmo assim, ele pode estabelecer um outro processo de justificação.

O Código do Notariado permite a lavratura de escritura de justificação com amparo nas declarações prestadas pelo justificante confirmadas por três testemunhas (Art. 96.º do Decreto-Lei n.º 207/95 – Código do Notariado).

Da mesma forma que ocorre no requerimento que abre o processo administrativo de justificação que tramita na conservatória de registro predial, é exigido na escritura de justificação que seja realizada de forma detalhada a origem da posse e as condições que geraram

¹⁸³ MELLO, Henrique Ferraz Corrêa de - **Usucapião Extrajudicial**, p. 185.

a usucapião, assim como a cadeia das transferências que ocorreram anteriormente e as posteriores, esclarecendo as causas que tornaram impossível a aquisição da documentação pelo interessado.

3.7.3. O legitimado a invocar a usucapião pode fazê-lo, de forma expressa ou tácita, no âmbito da justificação para fins de registro?

A justificação mostrou-se uma maneira rápida e eficaz para que o interessado conseguisse alegar ser titular de direito, não possuindo a documentação necessária para embasar o requerimento de registro, obtivesse a sua inscrição. A justificação foi formulada para superar a ausência da documentação, não a ausência do direito.

Indaga a doutrina se a justificação estabelece somente um meio eficaz para se atualizar os direitos tornados públicos pelos registros, ou se permitiriam serem constituídas também para evocar de maneira expressa ou tácita a usucapião?

Com relação à resposta, Mônica Jardim entende ser evidentemente negativa. Não obstante tratem de meios de se suprir títulos, entende que a lei não exige do interessado, que seja legítimo para alegar a usucapião, quer para atuar como justificante, a evocar de forma prévia usucapião, se por acaso, desejar usar a justificação. Muito pelo contrário, ao invés, em geral, está impedido o interessado de se valer dessas formas para suprir a ausência de documentos e alegar a usucapião para conseguir o título formal. Ressalta que nunca viu qualquer processo de justificação ou escritura onde fosse salientado que antes já tinha alegado a usucapião. Cita, a exemplo, a alegação verbal diante das testemunhas, por meio de notificação avulsa feita judicialmente¹⁸⁴.

Nesses termos realça a autora:

Por isso, não podemos concordar com Albino Matos quando afirma que a escritura de justificação visa, sempre, apenas dar forma a declarações confirmativas de que determinado acto ou facto ocorreu no passado e que, portanto, o seu conteúdo se resume a declarações de verdade ou de ciência.

Segundo o nosso entendimento, Albino Matos tem razão quando em causa esteja uma escritura de justificação *tendente ao reatamento do trato sucessivo* ou quando a justificação vise o *estabelecimento do trato sucessivo* ou o *estabelecimento de novo trato sucessivo* e a usucapião já tenha sido anteriormente invocada. Mas, quando a justificação vise o *estabelecimento do trato sucessivo* ou o *estabelecimento de novo trato sucessivo* e a usucapião não tenha sido anteriormente invocada, consideramos que a escritura não é um simples meio de suprir a falta de documento comprovativo da aquisição originária; é, também, e em primeiro lugar, o meio extrajudicial através do qual o interessado invoca a usucapião.

¹⁸⁴ JARDIM, Mônica - **Escritos de Direito Notarial e Direito Registral**, 2015, p. 444.

Ou seja, nesta hipótese - a de previamente não ter sido invocada a usucapião -, o interessado recorre à escritura de justificação com um duplo objectivo: primeiro, o de invocar extrajudicialmente a usucapião; segundo, o de obter o “título formal” que sirva de suporte à feitura do registro¹⁸⁵.

Em Portugal, depois da desjudicialização do processo de justificação, os tribunais têm se reconhecido como incompetentes para apreciar o direito obtido por usucapião, sempre que se coloque em causa uma demanda judicial que não haja controvérsia, por essa razão, seja possível utilizar o processo de justificação judicial que tramita nas conservatórias.

O processo de justificação a correr nos serviços de registro não é somente um procedimento para aquisição do título que viabilize a inscrição no registro do direito usucapido, mas, a maneira viável para postular a usucapião quando não houver controvérsia.

Segundo Mónica Jardim, se é possível se socorrer do processo de justificação para postular a usucapião e adquirir o título formal para o registro na falta de litígio, é claro que, também, não se pode impedir de se recorrer à escritura de justificação notarial - que somente pode ser realizada na falta de qualquer divergência ou litigiosidade - para pretender a usucapião e adquirir o título que permita a publicidade conferida no Registro do direito que foi obtido de forma originária¹⁸⁶.

3.8. Da Usucapião Extrajudicial no Brasil

Seguindo atual direção de vários países europeus, como Portugal, Espanha e Itália, bem como da América do Sul, como se verifica no Chile, Peru e Argentina, o Brasil tem buscado implementar outras maneiras de acesso à jurisdição, principalmente, em razão do colapso do sistema judiciário¹⁸⁷.

A usucapião extrajudicial manifestou-se não apenas uma maneira de aliviar o Poder Judiciário da enorme carga de processos judiciais de usucapião sem lide estabelecida e de infindável tempo, com trâmite costumeiramente paralisado pela burocracia. Trata-se também da maneira mais célere de se adquirir a propriedade.

A Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, inovou na ordem jurídica brasileira ao permitir que a usucapião de imóveis fosse reconhecida extrajudicialmente, pela via administrativa, desde que preenchidos certos requisitos.

¹⁸⁵ Idem, p. 445.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 447.

75 MELLO, Henrique Ferraz Correa de - **Usucapião Extrajudicial: Fundamentos Constitucionais e o Direito Comparado. O Provimento 65/2017. Registro de Imóveis**, p. 321.

Com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, a usucapião extrajudicial passou a ser aceita para toda e qualquer espécie de bem.

Por sua vez, a Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, revogou o procedimento trazido pela Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, e unificou no 216-A, da Lei de Registros Públicos - Lei nº 6.015/73, todo o regramento para o reconhecimento da usucapião extrajudicial.

Na legislação brasileira trata-se de procedimento facultativo colocado ao dispor de quem detém o imóvel, que precisará ser assistido por advogado e apresentar requerimento no Cartório do Registro de Imóveis da situação do imóvel.

O requerimento deve ser instruído com:

1) ata notarial lavrada pelo tabelião competente, certificando o tempo de posse do representante e daqueles que o antecederam;

2) planta juntamente com o memorial descritivo com assinatura do profissional habilitado pela lei;

3) certidões negativas dos juízos distribuidores das comarcas onde está situado o imóvel e do domicílio daquele que requer;

4) justo título ou qualquer outra documentação que comprove a origem, a continuidade, a natureza e o período da posse, recolhimento de impostos e das taxas do bem¹⁸⁸.

O Provimento nº 65 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, de 14 de dezembro de 2017, estabeleceu regras para o mecanismo da usucapião extrajudicial nos serviços notariais e de registros de imóveis, nos termos do art. 216-A da Lei de Registros Públicos. O Provimento regulamentou o procedimento, tornando mais claras as exigências que devem ser observadas por todos aqueles que aspiram a regularização fundiária por meio da usucapião extrajudicial.

O Provimento nº 65/2017, no art. 24, determinou que o oficial de registro de imóveis não poderá exigir, para o registro da usucapião, o recolhimento de imposto de Transmissão de bens Imóveis - ITBI, pois cuida-se de forma originária de obtenção do domínio.

Por sua vez, é obrigatória a lavratura de ata notarial tabelião de notas do município onde estiver localizado o imóvel objeto da usucapião ou a maior parte dele (Provimento nº 65, art. 5º). Possibilita-se que o requerimento seja baseado em mais de uma ata notarial, sendo que as demais podem ser lavradas por notário em município diverso” (Provimento nº 65/2017, art. 4, § 7º).

Originariamente, o Código de Processo Civil de 2015, trazia grave embaraço ao requerimento da usucapião extrajudicial, afirmando que eventuais titulares de direitos deveriam

¹⁸⁸ NETO, Francisco Ettore Giannico; AOKI, Luis Gustavo de Oliveira Santos - **Efetividade do Direito: O Reconhecimento da Usucapião pela Via Extrajudicial**, p. 415.

participar da realização da planta e do memorial descritivo do bem objeto da usucapião ou, então, ser intimados para consentir expressamente, no prazo de quinze dias, interpretando o seu silêncio como forma de discordância.

De maneira fictícia, o Código de Processo Civil de 2015 entendia que o confrontante, proprietário e titulares de direitos reais sobre o imóvel, se localizados e efetivamente cientificados, iriam cooperar com o possuidor do imóvel, manifestando expressamente a sua aceitação ao requerimento para a admissão da usucapião. Era possível entrever que a manutenção dessa exigência reduziria sobremaneira a efetividade desse novo procedimento. Basta o silêncio daquelas pessoas para a frustração desse novo procedimento extrajudicial¹⁸⁹.

Assim, a importância da Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, que ofereceu significativa modificação no referido dispositivo de maneira que o silêncio do interessado passou a ser interpretado como forma de assentimento ao pedido de usucapião extrajudicial.

Conforme disposto no artigo 111 do Código Civil, trata-se de presunção de concordância. “O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.”

Originalmente, o silêncio dos titulares não representava assentimento, mas forma de discordar. Esse era o obstáculo para que se concretizasse a usucapião, pois raramente havia consentimento de forma pronunciada, o que não tinha como ser suprido e colocava sob ameaça a efetividade do instituto.

Com a intenção de dar efetividade ao instituto, por força da Lei 13.465/2017, a parte final do § 2º, do artigo 216-A da Lei dos Registros Públicos passou a prever a expressão “interpretando-se o silêncio como concordância”.

Ainda assim, nos termos do Provimento nº 65/17, o proprietário, o confrontante e os titulares de direitos reais sobre o imóvel deverão ser cientificados, pessoalmente ou por carta com aviso de recebimento, caso não encontrados, caberá ao oficial de registro de imóveis certificar tal fato e promover a sua notificação sob a forma editalícia mediante publicação, por duas vezes, em jornal de grande circulação para se manifestar no mesmo prazo.

Conforme art. 17 do Provimento nº 65/17, para o esclarecimento de quaisquer dúvidas ou incertezas, poderá o oficial do registro de imóveis, realizar diligências e se o interessado não estiver de acordo com tais questionamentos, poderá dar início ao procedimento de suscitação de dúvida, como forma de submeter à apreciação do Poder Judiciário a pertinência da diligência requerida pelo oficial.

¹⁸⁹ Idem, p. 415.

É exigida a cientificação da União, Estado, Distrito Federal e Município e de terceiros eventualmente interessados. A ciência deste último deverá ser feita por meio da publicação de edital em jornal de grande circulação, a das pessoas jurídicas de direito público deverá ser realizada de forma pessoal por intermédio do oficial de registro de títulos e documentos ou pelos Correios. Todos eles terão o prazo de quinze dias para se manifestar sobre o pedido.

Sendo apresentada impugnação, o oficial de registro de imóveis deverá remeter o procedimento ao juiz competente (competência absoluta da comarca da situação do imóvel), podendo o possuidor do imóvel emendar seu pedido, adequando-o à petição inicial, passando o requerimento de usucapião extrajudicial a tramitar judicialmente pelo procedimento comum.

Estando os documentos em ordem e não tendo havido impugnação, o oficial de registro de imóveis lançará nota com os fundamentos que o fizeram deferir o pedido e realizará o registro da usucapião (art. 22).

Se o oficial de registro de imóveis constatar a ausência ou a insuficiência dos documentos apresentados para o fim que se destinam, poderá ser iniciado o “procedimento de justificação administrativa” extrajudicial que observará, no que for cabível, o procedimento judicial de produção antecipada de provas (arts. 381, 382 e 383 do CPC).

Caso seja rejeitado o pedido extrajudicial, o interessado ainda poderá ingressar com demanda pleiteando o reconhecimento da usucapião perante o Poder Judiciário (princípio da inafastabilidade da jurisdição).

CONCLUSÃO

A usucapião trata de instituto da Era dos romanos, consiste em uma das maneiras de aquisição do direito de propriedade. A viabilidade da posse exercida por determinado período constituir a propriedade é justificada por meio dos valores morais e sociais da coisa. A posse somada ao tempo tem o poder de concretizar a situação de fato que se forma de maneira independente da vontade do proprietário. A propriedade sempre foi o direito real mais importante, daí a relevância do instituto.

A usucapião deve ser concebida como a forma originária de aquisição da propriedade, nela não há translatividade. A usucapião se justifica no prêmio daquele que promove o aproveitamento econômico da coisa em prejuízo do que permite ao tempo passar, sem dele aproveitar. O milenar instituto é importante instrumento de pacificação social, isso porque retrata uma maneira eficiente de conceder habitação à população carente ou aproveitamento da terra.

O Código Civil brasileiro, assim como o português, foram influenciados pelo conceito romano-germânico do direito de propriedade, que utiliza da concepção individualista e unitária do instituto. No entanto, no decorrer da história seu conceito modificou, evoluiu. Atualmente, o conceito apresenta-se expandido, indo além das coisas corpóreas e imóveis.

A posse é o elemento em destaque da usucapião. O instituto pressupõe a manutenção da posse de certo bem ou coisa, sendo este bem móvel ou imóvel. A *possessio civilis* é a posse admitida na lei para a obtenção da propriedade por usucapião. Conhecida como *possessio ad usucapionem*, pois quando conservada por um lapso de tempo, possibilita a aquisição do domínio pelo possuidor.

O art. 1.251 do Código de Processo Civil estabelece a posse como um domínio quando alguma pessoa atua de maneira que corresponda a exercer algum direito real ou somente o direito de propriedade. Por meio da posse, protege-se a manifestação do direito, sem a necessidade de investigar a sua titularidade.

A fim de proteger a tutela possessória, não é importante se o possuidor é ou não titular do direito. A chance de proteção à posse da coisa, mesmo sem ser titular do direito, resulta na diferenciação entre posse formal, em que o controle material da coisa não corresponde à titularidade do direito.

A usucapião surge como maneira de se tutelar a boa-fé dos que obtiveram de forma legítima o bem, mas não tinham adquirido a propriedade. A evolução histórica implicou um

alargamento da usucapião, que é instituto antiquíssimo. Entretanto, em tempos modernos, algumas características do instituto da usucapião não mais existem, o requisito da boa-fé e do justo título já não se faz presente no atual Direito português.

A usucapião não é um fato aquisitivo imediato que se dá simplesmente por manter a posse atraente para produzir essa eficácia durante um período de tempo. O simples transcurso do prazo não admite adquirir esse direito real de gozo a que a posse faz menção se o possuidor não postular a usucapião.

O regime da usucapião decorre da execução desse poder potestativo conferido a quem possui o bem, exercer este poder depende somente do querer do seu detentor.

O direito adquirido pela usucapião é marcado pela novidade, não dizendo respeito com acontecimentos constituídos sobre o bem. A usucapião poderá tratar de bens móveis ou imóveis, e ainda sobre os direitos reais sobre coisa alheia, como a servidão, a superfície, a enfiteuse, o usufruto.

Sendo a usucapião o resultado da posse, ela pode entrar em contradição com a salvaguarda que o Registro concede a quem dele se utiliza.

A vida presente resultou da notável urgência na realização dos negócios. Modernamente, o tempo que manifestamente se exige para chegar à decisão transitada em julgado no Poder Judiciário, não compatibiliza com as atuais necessidades dos indivíduos. As necessidades do mercado e da própria atividade econômica, mormente, no domínio do comércio jurídico imobiliário, exigem confiança e fluidez que o Registro Predial visa assegurar. À luz da Constituição, torna-se inadmissível aguardar anos pela decisão final legitimadora que possibilite ter o título adequado visando obter um registro inatacável.

Dessa maneira, dentre as mais diversas formas de aquisição da propriedade, o modo de usucapião extrajudicial usado pelo Direito português é exitoso, ao passo que no Brasil, por ser um instituto recente, somente o tempo e a prática dirão se este atingiu o seu desiderato.

São vários os pontos semelhantes no ordenamento jurídico entre Brasil e Portugal, no que toca às formas de aquisição da propriedade, especialmente, a usucapião, a qual, no que diz respeito pelo modo extrajudicial, apesar de apresentarem formas muito similares, existem estruturas diferentes que permitem ao exemplo português maior eficiência, ao passo que, o exemplo brasileiro, ainda perene, há muito o que se estudar e debater. O Brasil carece de meios que respeitem a democracia, sejam realistas, ágeis para regularizar a propriedade fundiária.

Sem dúvida que, no Brasil, o novo arcabouço legislativo acerca do procedimento extrajudicial de usucapião trata de enorme avanço, seja por desafogar o Poder Judiciário, ou permitir soluções céleres aos interessados. Assim, resolver questões de insegurança jurídica

sobre a situação fática do possuidor informal, incertezas acerca de possíveis e repentinas remoções, e prestígio ao exercício da função social da propriedade, garantindo a efetividade do direito.

A usucapião extrajudicial ocupa cada vez mais espaço na sociedade brasileira, face a desburocratização proporcionada pela Lei nº 13.465/2017, por considerar como anuência tácita a conduta de quem notificado se queda inerte, deixando de oferecer impugnação. Esse avanço se fez sentir, ainda mais, com a normatização do instituto, promovida pelo Conselho Nacional de Justiça com delineamentos mais detalhados do procedimento.

A prática e a hermenêutica administrativa fortalecem o instituto, o conferem maior grau de solidez. No ordenamento jurídico brasileiro a novidade do instituto ainda paira, cabe aos profissionais do Direito a jurisprudência, a doutrina, propor soluções possíveis, para que a usucapião extrajudicial contribua com o Estado brasileiro a alcançar o modelo eficaz de regularização fundiária.

Essa modalidade de usucapião extrajudicial advém em bom momento. As demandas que envolvem a usucapião habitualmente tardam em demasia, tornam inviáveis em alguns casos concretos. Inegável que a Lei 13.465/2017 facilitou a utilização do instituto e trará benefícios à sociedade. No entanto, almeja-se que não ocorra o inverso, quando ocorrerem situações de excessos, as demandas judiciais serão mantidas na seara do Poder Judiciário. Assim, apenas o transcurso do tempo e a experiência constante da forma de usucapião demonstrarão se essa lei obteve o seu desiderato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira - **Direito Civil: Reais**. 5. ed. Coimbra: Editora Limitada, 1993. ISBN 972-32-0585-8.

BEVILÁQUA, Clóvis - **Direito das Coisas – Vol. I**. História do Direito Brasileiro. Brasília. Agosto de 2003.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. [Consult. 22. abr 2023].

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 julho de 2001. **Estatuto da Cidade**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm. Acesso em: 14 abr 2023.

BRASIL. Lei nº 6015, de 31 de dezembro de 1973. **Lei dos Registros Públicos**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. [Consult. 14. abr 2023].

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm. [Consult. 22. abr 2023].

BRASIL. **Lei nº 13464, de 11 de julho de 2017**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm. [Consult. 23. abr 2023].

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Provimento nº 65/2017**, de 14 de dezembro. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento_65_14122017_19032018152531.pdf. [Consult. 14. abr 2023].

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – STJ – **Resp 1.040.296/ES**, 4. Turma, Relator Min. Marco Buzzi, Rel. p/ Acórdão Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=30096532&tipo=91&nreg=20>. [Consult. 10. abr 2023].

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – STJ – **Resp 1.777.404/TO**, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 05.05.2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=0671.cod>. [Consult. 22. abr 2023].

BRASIL – Superior Tribunal de Justiça – STJ – **Resp 1.360.017/RJ**. Rel. Min. Ricardo Vilas Boas Cueva, j. 05.05.2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%22REsp%22+com+%221360017%22>. [Consult. 22. abr 2023].

BRASIL – Superior Tribunal de Justiça – STJ – **Resp ° 1.228.288-RS**, Rel. Min. João Otávio Noronha, j. 03.03.16, Dje 10.03.16. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/18197948>. [Consult. 24. abr 2023].

BRASIL. **Provimento nº 65 de 14/12/2017**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento_65_14122017_19032018152531.pdf [Consult. 1. Maio 2023].

CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de Direito Civil XIII: Direitos Reais (1ª parte) – Dogmática Geral. Posse. Registro Predial**. Coimbra: Almedina, 2022. ISBN 978-989-40-0118-8.

CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de Direito Civil XIV: Direitos Reais (2ª Parte)** – Coimbra: Almedina, 2023. ISBN 978-989-40-0909-2.

CORDEIRO, António Menezes. **A posse: perspectivas dogmáticas atuais**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CORDEIRO, António Menezes - **Teoria Geral do Direito Civil – 1º Volume**. 2. ed.. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1987/88.

DAL FORNO, Pietro Toaldo - **A Usucapião de Bens Públicos: Um paralelo entre Brasil e Portugal**. Dissertação de Mestrado. Universidade Autônoma de Lisboa. Lisboa, 2021.

DUARTE, Rui Pinto - **Curso de Direitos Reais**. 3. ed. Cascais: Princípia, 2013.

FERNANDEZ, Luís A. Carvalho - **Lições de Direitos Reais**. 6. ed. Lisboa: Quid Juris, 2010. ISBN 978-972-724-428-7.

FERREIRA, Durval - **Posse e Usucapião versus Destaques e Loteamentos**. Porto: Vida Económica, 2018. ISBN 978-989-768-467-8.

FERREIRINHA, Fernando Neto - **A justificação notarial para fins do registro predial**. Trabalho apresentado no *Congresso de Direitos Reais*, realizado na Faculdade de Direito de Coimbra, em 28 e 29 de novembro de 2003, no âmbito das Comemorações dos 35 Anos do Código Civil. Disponível em: <https://www.yumpu.com/pt/document/read/23513724/a-justificacao-notarial-para-fins-do-registo-predial-instituto-dos->. [Consult. 2. abr 2023].

- FIGUEIREDO, Luciano; ROBERTO Figueiredo - **Manual de Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Editora Juspodvm, 2022. ISBN 978-85-442-3596-6.
- GONÇALVES, Augusto da Penha - **Curso de Direitos Reais**. 2. ed. Lisboa: Universidade Lusíada. Departamento de Direito, 1993.
- GONZALEZ, José Alberto - **Direitos Reais**. 5. Ed. Lisboa: Editora Quid Juris, 2015. ISBN 978-972-724-733-2.
- GONZÁLEZ, José Alberto - **Direitos Reais (Parte Geral) e Direito Registral Imobiliário**. 2. ed. Lisboa: Quid Juris? Sociedade Editora, 2002. ISBN 972-724-158-1.
- GUERREIRO, José Augusto Mouteira - **Temas de Registos e de Notariado**. Coimbra: Edições Almedina S.A, 2010. Disponível em: <http://repositorio.uportu.pt/bitstream/11328/1214/1/Temas%20de%20Registos%20e%20de%20Notariado%20pdf.pdf>. [Consult. 21. abr 2023].
- GUERREIRO, J. A. Mouteira; colaboração de GUERREIRO, Luísa Mouteira - **Manual de Direito Registral Imobiliário**. Coimbra: Almedina, 2022. ISBN 978-989-40-0397-7.
- JANUÁRIO, Rui; GAMEIRO, António – **Direitos Reais: Parte Geral**. Lisboa: Editora Quid Juris, 2016. ISBN 978-972-724-755-4.
- JARDIM, Mónica – **Escritos de Direito Notarial e Direito Registral**. Coimbra: Editora Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6022-4.
- JUSTO, A. Santos - **Direitos Reais**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2087-2.
- JUSTO, A. Santos - **Direitos Reais**. 7. ed. Lisboa: Editora Quid Juris, 2020. ISBN 978-972-724-841-4.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Direitos Reais**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2022. ISBN 978-989-40-0727-2.
- LIMA, Pires de; VARELA, Antune - **Código Civil Anotada**. Volume III (Artigos 1.251º a 1.575º). 2. ed. Coimbra Editora, 1987. ISBN 972-32-0039-2.
- MARASCHIN, Inês Maria Viana; PEREIRA, Julliana Albuquerque Marques - **Modos de Aquisição na Propriedade: A Usucapião de Bens Imóveis Judicial e Extrajudicial em Portugal e no Brasil**. Disponível em: <https://revista.institutouniversitario.com.br/index.php/cjsiurj/article/view/44/39>. [Consult. 13. abr 2023].

- MINGAS, Marta Rodrigues - **A Usucapião de Imóveis Urbanos: Doutrina e Legislação Atuais**. Dissertação de Mestrado. Universidade Autónoma de Lisboa. Lisboa. 2021.
- MELLO, Henrique Ferraz Corrêa de - **Usucapião Extrajudicial**. 2. ed. São Paulo: YK Editora, 2018. ISBN 978-85-68215-39-5.
- MELLO, Henrique Ferraz Correa de - **Usucapião Extrajudicial: Fundamentos Constitucionais e o Direito Comparado. O Provimento 65/2017**. Registro de Imóveis. São Paulo: Editora Juspodvm, 2021. ISBN 978-65-5680-769-0.
- MIRANDA, Pontes de - **Tratado de Direito Privado – Parte Especial. Tomo X. Direito das Coisas: Posse**. 3. ed. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.
- MIRANDA, Pontes de - **Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Tomo XI. Direito das Coisas: Propriedade. Aquisição da Propriedade Imobiliária**. 3. ed. Editor Borsoi. Rio de Janeiro. 1971.
- MOREIRA, Álvaro; FRAGA, Carlos – **Direitos Reais** – Segundo as preleções do Prof. Doutor C.A. da Mota Pinto ao 4.º Ano Jurídico de 1970-71, Coimbra: Livraria Almedina, 1971.
- NETO, Abílio - **Código Civil Anotado**. 20. ed. Actualizada. Lisboa: Editora Ediforum, 2018. ISBN 978-989-8438-19-5.
- NETO, Francisco Ettore Giannico; AOKI, Luis Gustavo de Oliveira Santos - **Efetividade do Direito: O Reconhecimento da Usucapião pela Via Extrajudicial**. Registro de Imóveis: Temas Aprofundados. São Paulo: Editora Juspodvm, 2021. ISBN 978-65-5680-769-0.
- PAIVA, João Pedro Lamana - **Usucapião extrajudicial e sua viabilidade no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <https://colegioregistrals.org.br/artigos/449/usucapiao-extrajudicial-por-joao-pedro-lamana-paiva>. [Consult. 14. abr 2023].
- PAIVA, João Pedro Lamana; KÜMPEL Vitor Frederico; VIANA Giselle de Menezes - **Usucapião Extrajudicial: aspectos civis, notariais e registraes**. 2. ed. São Paulo: Editora YK, 2022. ISBN 978-65-88043-41-7.
- PITÃO, José António de França - **Posse e Usucapião (Anotações aos artigos 1251.º a 1301.º do Código Civil)**. Coimbra: Almedina, 2007.
- PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 47.344/1966**, de 25 de novembro. Código Civil. Diário do Governo nº 274/1966, Série I de 1966-11-25. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075>. [Consult. 14. abr 2023].

PORTUGAL. **Lei nº 54**, de 16 de julho de 1913. Diário do Governo nº 164/1913, Série I de 1913-07-16. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/54-1913-590694>. [Consult. 18. abr 2023].

PORTUGAL: **Decreto-lei nº 273/2001, de 13 de outubro**. Diário da República nº 238/2001, Série I-A de 2001-10-2013. Disponível em: https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/273-2001-621554?_ts=1680998400034. [Consult. 14. abr 2023].

PORTUGAL. **Lei nº 107/2001**, 8 de setembro. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/107-2001-629790>. Acesso em: 24 abr 2023.

REALI, Miguel - **O Projeto do Novo Código Civil**. Editora Saraiva. 2. ed. 1999. São Paulo.

RODRIGUES, Manuel - **A Posse: Estudo de Direito Civil Português**. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1940.

TARTUCE, Flávio - **Manual de Direito Civil**. 11. ed. Rio Janeiro: Editora Método, 2021. ISBN 978-85-309-9309-2.

TARTUCE, Flávio - **Manual de Direito Civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2024. ISBN 978-65-5964-987-7.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Marta Celina Bodin de Moraes - **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. Volume II. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2006. ISBN 85-7147-569-7.

VENOSA, Sílvio de Salvo - **Direito Civil: Parte Geral**. Volume I. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006. ISBN 85-224-4254-1.

VENOSA, Sílvio de Salvo - **Direito Civil: Direitos Reais**. Volume V. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006. ISBN 85-224-4280-0.

VIEIRA, José Alberto - **Direitos Reais**. 3. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2022. ISBN 978-972-40-8336-0.