

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DIREITO

“POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DE USUFRUTO”

Cléo Matusiak Mazzotti
bacharelado

FLORIANÓPOLIS
1998

“Os seres humanos nunca estiveram tão próximos uns dos outros e tão distantes entre si. Dois homens separados por milhares de quilômetros podem se comunicar a um simples toque de uma tecla; uma notícia corre o mundo em segundos; mas a distância entre a maioria da humanidade e maioria do restante aumenta cada vez mais, a ponto de parecer dividir os homens em duas espécies diferentes.” EMIR SANDER

CLÉO MATUSIAK MAZZOTTI

POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DE USUFRUTO

Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção do grau de Bacharel em Direito,
Universidade Federal de Santa Catarina.

Orientador: Prof. Dr. José Isaac Pilati

FLORIANÓPOLIS

1998

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. DO USUFRUTO	
1.1. Conceito e generalidades	3
1.2. Características do Usufruto	5
1.3. Instituições do Usufruto	7
1.4. Obrigações do Usufrutuário e do nu proprietário	10
1.5. Definição de frutos	15
1.6. O direito de adquirir frutos	17
1.7. A <i>quasi-posse</i> no Usufruto	19
1.8. Extinção do Usufruto	20
1.9. O <i>quasi-usufruto</i>	22
1.10. Ações que nascem do Usufruto	23
2. DO USUCAPIÃO	
2.1. Conceito de Usucapião	25
2.2. Terminologia	28
2.3. O que se pode adquirir com o Usucapião	28
2.4. Requisitos para o Usucapião	30
2.5. Espécies de Usucapião	32
2.6. Contagem de tempo para a prescrição	35
2.7. Acessão da Posse	35
2.8. Causas que impedem a prescrição aquisitiva	36
2.9. Causas que interrompem a prescrição	37
2.10. Causas que suspendem a prescrição	38
2.11. Extinção da prescrição	39
2.12. Prescrição Imemorial	41

3. DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

3.1. Aspectos Históricos	43
3.2. Função Social da Propriedade	45
3.3. Penalizações pelo não cumprimento da Função Social	48
3.4. Legislação Infraconstitucional	53
3.5. Contraponto entre o direito de propriedade e Função Social	54
3.6. O que é Função Social, afinal?	55

4. DISPOSIÇÕES FINAIS E JURISPRUDÊNCIAS

4.1. Usufruto, Usucapião e Função Social da Propriedade	58
4.2. Análise jurisprudencial	59
4.3. Ponderações Finais	69

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

72

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

74

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa abordar o tema da possibilidade de defesa do direito real de Usufruto, pela via do Usucapião daquele direito, mas procurando realizá-lo de maneira simples e escorreita, abordando os aspectos que lhe são relevantes. O objetivo imediato é o cumprimento de requisito fundamental à colação de grau, no curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

A escolha do tema ocorreu devido a uma idéia posta em discussão durante uma das aulas da disciplina Direito das Coisas II, proferida pelo Professor Orientador desta Monografia. O campo de pesquisa sobre este tema, especificamente, é bastante restrito, e se justifica pelo fato de que não existem reflexões profundas a respeito desta alternativa de proteção ao direito do usufrutuário.

O trabalho tem sua estrutura definida em quatro capítulos. Os três primeiros são apresentações dos institutos pertinentes ao tema: o usufruto, o usucapião e a função social da propriedade, sendo o quarto, e final, a discussão dos conceitos até então apresentados e os comentários às decisões jurisprudenciais encontradas, com o fito de obter a confirmação, ou não, da possibilidade do Usucapião de Usufruto.

Iniciar-se-á esta monografia, portanto, com a apresentação do Usufruto, e seus principais pressupostos. A demonstração do que seja este instituto e sua importância é de relevância capital, para que sejam entendidos os objetivos deste estudo.

No capítulo segundo, será abordado o Usucapião, em seus princípios e formas. Buscar-se-á uma apresentação sucinta, mas que se pretende clara, para que se entenda como ocorre a prescrição aquisitiva e por que ela poderá ser usada para defender direitos reais como o de uso, de habitação e de Usufruto.

O terceiro capítulo refere-se à Função Social da Propriedade, princípio constitucional e que devido a este *status* deve sempre ser levado em consideração cada vez que for realizado qualquer tipo de ponderação sobre o domínio de bens móveis e imóveis. Ora, se os bens devem atender suas finalidades sociais para merecer a tutela estatal, o Usufruto não pode ser excluído de tão importante princípio.

Finalmente, no quarto capítulo, procurar-se-á analisar e discutir em conjunto o que foi apresentado nos três capítulos iniciais. Nele serão confrontadas as escassas decisões jurisprudenciais localizadas que tratam da matéria, buscando-se interpretá-las para definir se existe, ou não, possibilidade de o usufrutuário usucapir o seu direito real de Usufruto. Destaca-se que a jurisprudência consultada é a do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no período da década de 90.

Conforme se percebe pelo exposto, o método escolhido para a pesquisa é o indutivo, utilizando-se, quando necessário, o dedutivo e as fontes são, basicamente, bibliográficas.

1. DO USUFRUTO

1.1 Conceito e generalidades

Para tratar de Usufruto, deve-se, antes de mais nada, conceituar a propriedade que segundo o Código Civil é assim definida, *verbis*:

“Art. 524. A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.

...omissis...”

Segundo se denota o Código Civil brasileiro não define propriamente a propriedade, mas sim dispõe uma noção do que são os direitos do proprietário que são de extrema relevância para o presente estudo. Define-se aquela, entretanto, como o poder assegurado aos indivíduos de utilizarem, para si, os bens da vida.

Por conseguinte, entre os direitos elementares do domínio encontra-se o de usar da coisa e de perceber os frutos que ela é capaz de produzir. Quando estes dois direitos são destacados da pessoa do proprietário, temos o Usufruto.

O Usufruto é conceitualizado pelo art. 713 do Código civil, seguinte forma:

“Art. 713. Constitui usufruto o direito real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa, enquanto temporariamente destacado da propriedade.”

Existem duas pessoas, então, no Usufruto:

a) o senhor ou nu proprietário – É o dono da coisa que tem seus direitos dela destacados, porém, com a certeza de que um dia voltarão a integrar a sua propriedade, deixando-a plena novamente.

b) o usufrutuário – É o terceiro que exerce os direitos reais de uso, consistente em colocar o bem a serviço do titular, e gozo da coisa, que é a percepção de seus frutos.

Portanto, impende ressaltar a diferença entre o direito de usufruir, do proprietário e o Usufruto. Aquele é um atributo ligado ao próprio domínio, uma faculdade, enquanto este é um direito real sujeito a regras especiais.

O proprietário pleno tem a possibilidade de alterar, transformar ou destruir a coisa, podendo fazer dela o que bem entender desde que, é claro, não fira direitos de terceiros com sua utilização. Importante ressaltar que a propriedade é, *in tese*, eterna.

Já o usufrutuário é titular de um direito real sobre a coisa alheia e deve sempre respeitar a substância e forma da coisa não podendo, de forma alguma, modificar o destino a ela anteriormente dado. Então, no momento em que adquire o direito real que passa a exercer sobre o bem este tinha uma finalidade, que é o resultado jurídico da vontade do proprietário sobre o mesmo, manifestada legalmente e que continua a subsistir. A título de exemplificação, se o objeto do Usufruto é uma casa destinada à habitação não pode o usufrutuário transformá-la em uma loja.

O usufrutuário deve ter sempre em mente que o Usufruto é temporário.

Trazemos à colação os ensinamentos de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, (1994, p. 196-7) sobre o conceito do instituto, *litteris*:

“Pressupõe, então, a coexistência harmônica entre os direitos do usufrutuário, construídos em torno da idéia de utilização e

fruição da coisa, e os direitos do proprietário, que os perde em proveito daquele, conservando todavia, a substância da coisa ou condição jurídica de senhor dela. O ponto de partida como assinala HEDDEMANN, é a distinção de dois elementos, substância e proveito, na propriedade: o proprietário pode tê-los ambos, ou abandonar o proveito a outrem.”

Também cita-se WASHIGTON DE BARROS MONTEIRO, (1994, p. 302):

“Originário do direito romano, o usufruto foi definido por Paulo como *jus alieni rebus fruendi, salva rerum substantia*, ou, em vernáculo, o direito de usar uma coisa que pertence a outrem e perceber-lhe os frutos, ressalvada sua substância.”

LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, (1977, p. 306) por sua vez, conceitua o Usufruto da seguinte maneira:

“O usufruto é o direito real de retirar da coisa alheia durante um certo prazo de tempo, mais ou menos longo, as utilidades e proveitos que ela encerra, sem alterar-lhe a substância ou mudar-lhe o destino.”

1.2 Características do Usufruto

O Usufruto, na verdade, trata-se de um direito real sobre a coisa alheia de uso e de gozo temporários e, em nosso sistema, inalienável.

Por ser um direito real, reveste-se de todos os elementos que marcam os direitos dessa natureza. Também pode-se dizer que recair sobre a coisa alheia é o que o diferencia do domínio mas, mesmo assim confere-lhe o poder de seqüela, ou seja, de reaver o bem de quem quer que injustamente o possua.

Quanto ao direito de uso, este consiste na utilização pessoal da coisa pelo usufrutuário e pelos seus representantes. Já a possibilidade de gozo é a prerrogativa de retirar seus frutos naturais e civis em proveito próprio.

Não interessa à sociedade que a propriedade fique permanentemente desmembrada. O Usufruto, por conseguinte, possui um caráter temporário e resta terminado assim que cessarem as condições que lhe deram causa, como será melhor explicitado mais adiante.

O Usufruto também é inalienável, podendo o usufrutuário apenas ceder seu exercício a título oneroso ou gratuito. Pode, ainda, aliená-lo ao próprio nu proprietário, conforme extrai-se da inteligência do art. 717 do Digesto Civil pátrio.

O Usufruto é de natureza divisível, podendo ser constituído por partes de uma mesma coisa, como a metade de uma casa em favor de uma pessoa e a outra metade em favor de outrem, conforme entendimento consubstanciado no art. 714 do Código Civil.

A instituição do Usufruto é reputada móvel ou imóvel em função do objeto sobre o qual recai, podendo se constituir sobre:

- a) bens de raiz;
- b) bens imóveis que não se consomem com o primeiro uso, tais como, alimentos, lã, entre outros. Nestes casos sendo compreendidos, inclusive, bens cuja a fruição, qualquer que seja ela, deixará a substância do objeto do Usufruto intacta, como, por exemplo, a propriedade literária, apólices da dívida pública, etc...

Quando se tratar de bens que se consomem no primeiro uso, não é considerado um usufruto verdadeiro, mas um *quasi usufruto*, que será estudado adiante com maiores detalhes.

1.3 Instituição do Usufruto

O Usufruto, que é um verdadeiro desmembramento da propriedade, somente poderá ser instituído por quem detiver o domínio, seja ele pleno, útil ou resolúvel. Porém, não obsta a este direito real que a coisa seja comum, sendo que, neste caso os direitos do usufrutuário serão regidos pelos mesmos princípios e direitos que regem a co-propriedade.

A instituição do Usufruto ocorre das seguintes formas:

1. Usufruto legal ou legítimo – Ocorre por efeito imediato da lei, como nos seguintes casos:
 - a) O Usufruto do pai sobre os bens dos filhos, conforme o art. 389 do Código Civil;
 - b) O Usufruto do pai ou mãe sobre os bens dos filhos de primeiras núpcias que falecem sem realizar testamento, deixando sobreviventes irmãos germanos;
 - c) O caso institucionalizado no art. 161, parágrafo primeiro do Digesto Civil, ou seja, o caso do o cônjuge viúvo, no caso do regime de casamento não ter sido o de comunhão universal, que tem direito à quarta parte dos bens do falecido se houver filhos, ou à metade do patrimônio, não os havendo, enquanto permanecer a viuvez;

d) O Usufruto para o concubino ou concubina de homem ou mulher solteira, casada ou viúva, que não se encontra em situação configurada na Lei 8.971/94;

e) Em favor dos silvícolas, conforme o art. 231, parágrafo segundo, da Constituição Federal.

2. Por ato voluntário do proprietário, das seguintes formas:

a) Por disposição testamentária, operando-se por força própria, independente de ato posterior. Porém, é sempre necessário lembrar que se não for em decorrência de direito de família o art. 715 do Código Civil dispõe que para haver a constituição do Usufruto, deve haver a transcrição no competente registro;

b) Por ato entre vivos, a título oneroso ou gratuito, porém necessitando da quase-tradição, ou seja, ato formal que constitua o Usufruto para que este possa ser oponível a terceiros. Por exemplo, no caso dos imóveis é a transcrição no Registro Imobiliário da Comarca, conforme determina o art. 676 da Legislação civil pátria, caso o contrário não será gerado direito real, mas apenas pessoal. Nos bens móveis a formalização se dá com a tradição.

3. **POR PRESCRIÇÃO AQUISITIVA** – Torna-se imperioso transcrever as palavras dos estudiosos do direito sobre a questão. Primeiramente, traz-se à colação o entendimento de LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, (ob. cit., p. 313):

“Por prescrição aquisitiva, ordinária ou extraordinária segundo os requisitos que ocorrem. O usufruto de ordinário se adquire pela prescrição, quando o objeto sobre que recai não pertence àquele que o constitui. Consumada a prescrição, o direito do usufrutuário subsiste em pleno vigor com todos os seus efeitos diante do verdadeiro proprietário, como se por ele houvesse estabelecido.” (grifamos)

Já CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, (ob. cit., p. 200):

“... por usucapião, quando adquirido pelo decurso do prazo prescricional em favor *ex. gr.* de pessoa que o tenha adquirido de quem não seja proprietário.”

O doutrinador J. E. DE CARVALHO PACHECO, (1992, p. 23) por sua vez, posiciona-se da seguinte forma sobre a questão, *verbis*:

“Além das coisas imóveis ou móveis que não estejam fora do comércio, podem ser adquiridos pelo usucapião os seguintes direitos reais:

- a) o usufruto;
- b) o uso;
- c) a habitação;
- d) a enfiteuse;
- e) as servidões.”

As questões que se afiguram então são: De que forma o Usufruto vai se operar por via de Usucapião? Que regras vai seguir a prescrição aquisitiva do Usufruto?

A resposta encontrada reside no fato que a prescrição aquisitiva do direito real de Usufruto exige o mesmo prazo que o exigido para se adquirir a propriedade por via de Usucapião e verifica-se exatamente contra o verdadeiro proprietário, ou outro usufrutuário. Segue, portanto, as mesmas regras das prescrições aquisitivas normais, que serão melhor apresentadas em capítulo posterior.

Importante citar que o Usufruto não é de caráter perpétuo. Pode ele ter constituição pura, a termo ou sob condição suspensiva ou resolutiva.

1.4 Obrigações do usufrutuário e do nu proprietário

Constituído o Usufruto, os direitos do usufrutuário e do nu proprietário ficam independentes um do outro. Este tem direito a reivindicar a coisa depois de extinto o direito real, aos produtos que não entram na classificação de frutos, e, ainda, de adquirir as acessões.

O usufrutuário possui o direito de usar e fruir da coisa. A relação entabulada entre este e o nu proprietário tem caráter negativo, devendo um respeitar os direitos do outro.

A principal obrigação do proprietário é de não praticar nenhum ato que possa causar dano ou embaraço ao usufrutuário, no exercício de seus direitos. É proibido, salvo consentimento do possuidor do direito real de Usufruto, mudar a substância ou forma da coisa; alterar-lhe o destino; constituir em favor de terceiro direito de uso, de habitação ou um novo usufruto; impor servidões; renunciar servidões ativas e; piorar, de qualquer maneira, as condições da coisa.

Os direitos do usufrutuário se resumem, praticamente, ao uso e gozo da coisa. Usar consiste em servir-se do bem, aproveitando-o sem, contudo, destruir-lhe a substância. Para a percepção dos frutos o usufrutuário está limitado pelas mesmas regras que limitam o uso, ou seja, não alterar e nem destruir a coisa.

Poder-se-ia ainda dizer que o usufrutuário possui direito a transferência da coisa e a sua administração, porém estas duas faculdades são integrantes do uso e do gozo. Ora, é um corolário lógico que ninguém pode usar e gozar algo se não detiver a sua posse ou não puder administrá-la.

O direito de usar poderá existir sem o direito de perceber os frutos. Contudo, o direito de fruir estará sempre ligado ao de uso, salvo cláusula expressa em contrário.

O Usufruto se instaura na coisa e permanece igual durante a totalidade de tempo em que ele existe. O usufrutuário pode usar e fruir da coisa como se proprietário fosse e, salvo as restrições legais, seus direitos são os elencados a seguir:

- a) Direito de se utilizar das servidões ativas do prédio;
- b) Direito de fruir dos acessórios da coisa, como as máquinas, os animais e as acessões, como os terrenos por aluvião, exceto as ilhas nascidas de novos rios, pois estas reputam-se ligadas às terras adjacentes;
- c) Direito de perceber os foros e laudêmos dos prazos cujo o domínio é direto do usufrutuário.
- d) Ter a posse natural da coisa, possuindo o direito de reavê-la e conservá-la sob o seu poder.

Quanto às obrigações do usufrutuário, é ele responsável pelos danos e deteriorações que, por culpa ou negligência sua, ocorrerem a coisa. Ao terminar o Usufruto, deve restituí-la ao proprietário nas mesmas condições em que a recebeu conforme entendimento extraído do art. 732 do Digesto Civil pátrio. Contudo, não pode ser responsabilizado por danos provenientes de caso fortuito ou de força maior e nem pelas deteriorações naturais sofridas pela coisa em seu uso normal.

Para assegurar ao proprietário o seu ressarcimento quando algum dano ocorra à coisa e o usufrutuário se negar, ou então, não possuir condições de efetuar o ressarcimento, a lei impôs a quem deseja obter o Usufruto da coisa alheia as seguintes obrigações (art. 729 do Código Civil):

- a) Inventário dos bens frutuários com especificação de seu estado;

b) Prestar fiança, que pode ser substituída por penhor de valor suficiente;

Caso o usufrutuário não possua condições de oferecer fiador a ele não é negado o Usufruto. Somente é ele impedido de administrar a coisa por si só. A solução pode ser deixar a coisa sob a administração do proprietário, obrigando-se este a prestar fiança de entrega dos frutos ao usufrutuário, ou então, arrendar a terceiro, por ordem judicial, com cláusula de pagamento de pensão ao beneficiário do direito real de Usufruto.

Existem casos contudo, onde a fiança é dispensável, como no Usufruto legal, pois presume-se natural fidelidade entre pessoas da família, no estabelecido entre vivos, onde inexistia cláusula exigindo fiança pois existe a presunção de confiança do proprietário, quando instituído por testamento, se o testador a remite e, também, nos casos em que se reserva o doador na coisa doada.

O usufrutuário no exercício de seus direitos sobre a coisa deve se haver como um bom pai de família. Sua obrigação é agir sempre como se seu fosse o bem, tendo por obrigações:

- a) Velar pela guarda e obrigações da coisa frutuária;
- b) Impedir as usurpações de terceiros, opondo a estes o seu direito real, como nas palavras de LAFFAYETTE RODRIGUES, (ob. cit., p. 338):

“Repelir as usurpações de qualquer natureza, como por exemplo – que terceiros venham a adquirir por prescrição a propriedade da coisa ou servidões reais – já dando aviso ao proprietário, já pondo em prática os remédios de direito que forem de sua competência.”

- c) Exercitar as servidões ativas para que não prescrevam pelo não uso;
- d) Abster-se, enfim, de quaisquer atos que porventura possam estragar a coisa ou diminuir seu valor.

Também é de incumbência do usufrutuário pagar os impostos a que a coisa é sujeita, satisfazer os encargos que a guardam, tais como foros, pensões alimentares, entre outros e, fazer reparos módicos destinados à conservação da coisa.

Importante notar a situação das despesas de conservação ordinárias e extraordinárias. As primeiras ficam a encargo do usufrutuário, já as segundas são ônus do nu proprietário.

Também cabem ao nu proprietário as despesas ordinárias, não módicas, ou seja, aquelas superiores a dois terços do rendimento líquido de um ano da coisa, segundo o que se extrai do art. 734 do Código Civil. O proprietário tem direito a cobrar juros do usufrutuário por estas e pelas extraordinárias, quando com elas incorporou novos recursos ao capital original.

O proprietário e o usufrutuário não são obrigados a realizar grandes reparos, como a reconstrução de prédio destruído por caso fortuito, sendo uma faculdade de ambos fazê-lo. Se este os fizer deverá guardar a forma antiga da coisa, podendo haver ao fim do usufruto a quantia despendida. Porém sendo as obras realizadas pelo nu proprietário ficam sujeitas ao Usufruto, sem que possa pleitear ressarcimento de qualquer forma quando da extinção do Direito Real sobre a coisa alheia.

Todavia se a destruição do bem ocorrer por culpa de terceiro e este for condenado a indenizar, o Usufruto se sub-roga na importância da indenização, pois os frutos civis produzidos pela coisa caberão ao usufrutuário.

No caso do seguro o Usufruto também se sub-roga, ficando os proventos com o usufrutuário. Tem-se, ainda, que este somente paga as apólices se a coisa já estivesse segurada quando da instituição do direito real sobre a coisa alheia. Caso o nu proprietário resolva segurar a coisa posteriormente, deve ele pagar as contribuições e, nesse caso, o usufrutuário não se beneficia com a indenização.

No concernente à substância, são obrigações do usufrutuário:

- a) Respeitar a forma e o destino dados à coisa pelo proprietário. Pode realizar melhoramentos úteis ou de mero recreio, contanto que não acarretem transformação do prédio;
- b) Não deixar que as culturas existentes se arruinem;
- c) Subsistir por novas as árvores frutíferas que perecerem, as mudas que retirar dos viveiros ou, então, que cortar;
- d) Preencher as cabeças do rebanho que forem se perdendo;
- e) Manter no estado em que recebeu os pombais, viveiros de peixes e colméias.

O usufrutuário não é responsável pelas dívidas do proprietário pois possui, apenas, um direito real sobre a coisa alheia. Todavia, o imóvel objeto do Usufruto pode ser penhorado e arrematado pelos credores do proprietário caso o ato pelo qual se constituiu o Usufruto não seja regularmente transcrito no registro competente da comarca, ou então, se ao tempo do direito real ser constituído já se achava a coisa gravada de hipoteca legal ou convencional, devidamente inscrita e registrada.

No caso do Usufruto ser instituído por disposição testamentária, impende citar as palavras de LAFAYETTE RODRIGUES, (ob. cit., p. 346-7):

“Se o usufruto tem por causa disposição de última vontade, o usufrutuário, é certo, não responde pessoalmente pelas dívidas, nem tem qualidade para ser demandado por elas; mas os bens frutuários, no caso do usufruto abranger a herança na totalidade ou em quota-parte, ficam sujeitos às dívidas do testador, e o herdeiro (o senhor da nua propriedade) pode dá-los em pagamento, ou nomeando-os diretamente à penhora, ou havendo-os do usufrutuário para aquele fim.

Se o herdeiro paga dívidas da herança, tem o direito de haver do usufrutuário bens equivalentes.

Não é mister dizer que no caso do usufruto ser constituído em uma cota da herança, a contribuição dos bens frutuários para as dívidas deve guardar a devida proporção.

A razão é óbvia: não há herança, e por consequência usufruto sobre ela, senão depois de deduzidas as dívidas que a oneram.”

1.5 Definição de frutos

Tem-se a concepção que o instituto do Usufruto concede ao seu possuidor a possibilidade de usar a coisa e de perceber seus frutos. Mas, afinal, devemos ter a noção exata do que são os frutos, a quem pertencem e, qual a sua situação jurídica.

Frutos são produtos que nascem e renascem, periodicamente, da coisa sem acarretar-lhe a destruição no todo ou em parte. Portanto, são as substâncias naturais que se extraem das minas (pedras e metais) e os aumentos por acessão, como as ilhas e aluviões:

Quanto ao tesouro é diferente, como lembra CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, (ob. cit., p. 204):

“Sendo encontrado tesouro em prédio usufruído, reparte-se entre o inventor e o proprietário; o usufrutuário nenhum direito tem sobre ele, pois que o tesouro não é fruto ou produto (Código Civil, art. 727). Se o inventor for o usufrutuário, divide-o com o proprietário.”

(opus ob. cit. pg. 204)

Então o que é considerado fruto depende em muito do destino que é dado a coisa sob a qual incide o Usufruto. Pode-se citar como exemplo, o caso das árvores de madeira destinada à construção, que são frutos da terra. Contudo, se o proprietário não lhes destinasse a esta função, preferindo manter as árvores formando um bosque, não poderão elas ser utilizadas pelo usufrutuário para a atividade extrativa

Em caso divergente tem-se as pedras e metais, que não são frutos, mas são reputados como tais se as minas já estavam abertas e em laboração ao tempo da constituição do Usufruto. Porém, se o terreno não apresenta qualquer outra possibilidade econômica, é lícito ao usufrutuário abrir as minas desde que o faça com moderação, como um *bonus pater familiae*.

Existem dois tipos de frutos: os naturais, ou seja, produzidos pela natureza e os civis, derivados do trabalho humano.

É imperiosa a citação da situação jurídica de alguns tipos de frutos mais importantes e quando poderão ser utilizados. As árvores reputam-se utilizáveis pelo usufrutuário, que pode delas fruir nos seguintes casos:

a) Quando fazem parte de viveiros;

b) Quando pertencentes a bosques, destinados pelo proprietário a cortes regulares para extração da madeira. Caso contrário, não é permitida a atividade extrativa pelo usufrutuário, a menos que seja recuperação de alguma benfeitoria ou no caso de árvores já caídas ou secas;

c) Quando o imóvel gravado com o Usufruto não possuir outro rendimento além da possibilidade de extração de madeira. Nesse caso é permitida a atividade extrativa mesmo que o proprietário não estivesse usando o bem para este fim.

Importante sempre a ressalva de que as árvores frutíferas e as de recreio não são passíveis de corte pelo usufrutuário.

No concernente às crias de animais, estas serão sempre havidas como frutos e pertencentes ao usufrutuário. Porém, se o Usufruto não for sobre animais singulares, mas sobre um rebanho é obrigação do beneficiário do direito real repor as que morrerem ou ficarem inutilizadas.

É de se notar que as crias que forem nascendo e superando em número o rebanho antigo pertencem definitivamente ao usufrutuário. Este somente deve devolver ao nu proprietário, quando findo o Usufruto, o mesmo número que recebeu na instituição, com base na inteligência do art. 722 do Código Civil. Porém ocorrendo o contrário e, sendo muitas as cabeças perdidas, somente será obrigado o beneficiário a devolver o número que restar, não devendo indenização ao nu proprietário.

Portanto, os frutos pertencem ao usufrutuário e tudo o que não entrar nesta definição pertencerá ao proprietário.

1.6 O Direito de adquirir os frutos

Os frutos passam ao poder do usufrutuário de maneira distinta, sendo de extrema relevância a definição do momento em que os frutos passam ao poder do usufrutuário, para a definição de diversas situações jurídicas.

Primeiramente, é imperioso citar que o Usufruto é um direito personalíssimo e não pode ser alienado a terceiro, seja a título oneroso ou gratuito. Uma possível alienação totalmente nula, com efeitos *ex tunc*.

Porém, permite a lei a cessão do exercício do Usufruto. Assim, é permitido ao usufrutuário arrendar o imóvel, alugar uma casa, formar sociedade, entre outros. Praticando esses atos não está cedendo seu direito, mas exercendo-o por meio de terceiro.

Impende ressaltar que o direito do terceiro, no caso de cessão de exercício do Usufruto, será sempre pessoal com o usufrutuário e jamais real. Não podeo cessionário pleitear nada referente à propriedade.

Nestes termos, cabe citar CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, (ob. cit., p. 203):

“Admitida, assim, a cessão do exercício do usufruto e não a sua transmissão, resulta que o terceiro favorecido não será titular de um direito real, senão de mero direito processual ou de crédito. Sendo direito personalíssimo do usufrutuário e extinguindo-se com a sua morte, não pode igualmente ser penhorado, e conseqüentemente é nula sua arrematação hasta pública. Não impede, todavia, que seu exercício, isto é, a percepção do rendimento, possa sê-lo.”

É importante notar que o Usufruto pode ser penhorado, sendo, portanto, o objeto da penhora a comodidade de usar e fruir da coisa. Por conseguinte, tendo-se em mente a impossibilidade de alienação desse direito real sobre as coisas alheias, passa-se agora a estudar de que forma o usufrutuário poderá adquirir os frutos.

Para adquirir os frutos naturais o usufrutuário deve separá-los e apreendê-los, caso contrário eles não entram em sua posse. O ato de separar e apreender

chama-se percepção, que é uma espécie de tradição virtualmente fulcrada na concessão do Usufruto.

Sobre a percepção, ressalta-se que só pode ser feita pelo usufrutuário ou por quem legalmente o represente. A separação realizada por pessoa estranha que não atue em nome do usufrutuário, não faz com que os frutos sejam percebidos por este.

O direito de adquirir os frutos começa a partir da data em que foi instituído o Usufruto, até a sua extinção. Isso acarreta o entendimento de que o usufrutuário tem acesso aos frutos pendentes, quando do seu início de seu direito real e, da mesma forma, os perde quando se encontrarem em situação de pendência no momento da extinção, conforme entendimento extraído do art. 721 do Código Civil.

O usufrutuário que não possuir condições de colher os frutos por si próprio pode arrendar a coisa para terceiro, ficando com uma pensão que pode ser mensal, semestral ou anual. Pode, ainda, manter arrendamento feito pelo proprietário, contudo, não o desejando é livre para o desfazer.

Importante notar que a pensão representa os frutos naturais da coisa e o usufrutuário somente tem direito a ela na medida em que o arrendatário os vai percebendo. Portanto, se findo o Usufruto e só a parte da colheita foi realizada, somente será devida a parte correspondente ao que já foi percebido.

Já os frutos civis são adquiridos de forma diferente, dia por dia, independente do fato da percepção. Para regular seu vencimento são calculados os dias desde o início até a expiação, que correspondem ao período em que existe o direito do usufrutuário, devido à inteligência do art. 732 do Digesto Civil. Se, por exemplo, o imóvel estava locado por ano e o Usufruto durou seis meses, o beneficiário do direito real terá direito à sua cota parte, quando o locatário pagar ao no final do período.

1.7 A quasi-posse no Usufruto

O Código Civil pátrio dispõe que o usufrutuário é o possuidor direto da coisa. Porém, no direito pré-codificado o proprietário conservava a posse da coisa enquanto o possuidor do direito real de Usufruto detinha, meramente, uma *quasi-posse*. Tinha-se então que os efeitos da primeira, como a possibilidade de prescrição aquisitiva, eram totalmente do nu proprietário.

A *quasi-posse*, porém, outorgava ao usufrutuário o poder de invocar os interditos competentes contra violências ou turbações ao seu direito, causadas por terceiros. Conforme ensina o mestre LAFAYETTE RODRIGUES, (ob. cit. p. 348):

“E, pois, a *quasi-posse* do usufruto se combina com a detenção da coisa, daí vem que ela se adquire e se perde pelos mesmos modos que a posse.”

Imperioso citar essa modificação, pois no direito pré-codificado quem possuía legitimidade para pleitear a prescrição aquisitiva era o nu proprietário, pelo fato de possuir a posse direta. Com o Código Civil essa prerrogativa passou para o usufrutuário por ser ele, então, o possuidor direito da coisa.

1.8 Extinção do Usufruto

Não interessa à lei e à segurança social que a propriedade seja perpetuamente desmembrada e os atributos do domínio pleno separados, tendo o Usufruto uma duração temporária. Os fatos que determinam o seu final são, conforme o art. 739 do Código Civil:

a) A morte do usufrutuário, pois o Usufruto é um direito personalíssimo. Porém, o testador pode deixar o direito real para os herdeiros daquele que são, portanto, seus sucessores em segundo grau;

- b) O preenchimento do termo, fixado por lei ou por vontade do instituidor. Geralmente, quando é constituído em favor de uma pessoa jurídica fenece ao cabo de cem anos;
- c) O implemento de condição resolutiva, como os casos de Usufruto do pai sobre os bens adventícios do filho, quando da maioridade deste;
- d) A renúncia em favor do proprietário, a título oneroso ou gratuito;
- e) A consolidação, que ocorre quando o usufrutuário adquire a coisa que era objeto do Usufruto. Contudo, se o ato de aquisição da propriedade é nulo com efeitos *ex tunc*, o mesmo se restabelece;
- f) A resolução do direito do proprietário, pois resolvido o domínio de quem o constituiu resolvido também estará o Usufruto;
- g) O não uso, durante dez anos entre presentes e vinte entre ausentes. Importante notar que para deixar de se verificar o não uso basta que alguém, mesmo sem mandato do usufrutuário, mas em nome dele, faça atos de uso e gozo sobre a coisa;
- h) A desapropriação. Para explicar melhor este ponto, cita-se ORLANDO GOMES, (ob. cit., p. 350):

“A desapropriação é a mudança qualitativa do usufruto do que propriamente causa de extinção. De fato. A indenização paga fica sub-rogada no ônus do usufruto. O que se extingue, portanto, é o usufruto da coisa desapropriada, mas o direito persiste por força da sub-rogação determinada em lei.”
- i) Pela resolução do domínio de quem o instituiu;

j) A transformação substancial da coisa, que ocorre quando ela sofre destruição completa ou quando se operam mudanças que a tornam imprestável para o fim que era destinada. É uma extinção final, pois o Usufruto não sobrevive no que restou ou no que foi transformado. Contudo, isso apenas ocorre quando o fato se der sobre o único ou objeto principal do Usufruto, caso contrário o direito real continua existir no que não foi modificado;

Ocorrendo qualquer uma das possibilidades acima referidas ocorre a extinção do Usufruto e o nu proprietário adquire a posse completa da coisa. Ressalta-se a posição de LAFAYETTE RODRIGUES, (ob. cit., p. 354) sobre o tema:

“Extinto o usufruto por qualquer dos modos declarados, a não ser pela consolidação ou perda da coisa, o proprietário readquire a liberdade da coisa e o seu domínio se torna pleno pela reunião dos elementos que se conservavam destacados.

E para reaver do usufrutuário a coisa e indenizações que forem devidas, lhe assiste competente ação de caráter pessoal: - pode ser dirigida contra eles, ainda que nunca houvessem tido a coisa sob sua detenção.”

1.9 O quasi-usufruto

O usufruto não pode ser constituído sobre coisas que se extinguem com o primeiro uso. Nestes casos, o que existe é um *quasi usufruto* que tem certas particularidades, a seguir apontadas:

a) Aquele que concede este tipo de bem em Usufruto não conserva direito à substância da coisa;

b) O *usufrutuário* adquire a propriedade plena da coisa, ou seja, dispõe livremente dela e arca com os danos e perigos que por ventura possam lhe ocorrer;

c) O *usufrutuário* é obrigado a devolver o valor da coisa, ou coisas da mesma qualidade e em igual quantidade.

Se o objeto do *quasi usufrutuário* é um crédito e o devedor é o próprio usufrutuário este tem duas vantagens, quais sejam, a cessação dos juros e o direito de reter o capital até que o direito real sobre a coisa alheia se extinga.

Caso o devedor do crédito seja um terceiro, então ao usufrutuário compete cobrar os juros e o capital no prazo do pagamento. É somente então que se instituirá Usufruto, é a percepção dos frutos.

É importante ressaltar que o *quasi usufruto* tem o mesmo rito para a instituição, que o Usufruto termina pelas mesmas circunstâncias.

1.10 Ações que nascem do Usufruto

O Usufruto pressupõe a retenção do objeto, podendo ser lesado por atos que importam na retirada da coisa do poder do usufrutuário ou quando existe perturbação do exercício de seu direito. Para cada uma destas formas de turbacão o domínio possui um tipo de *actio*, que são: a reivindicatória, para o primeiro caso, e a negatória, para o segundo. Porém, o Usufruto pode ser defendido, em ambos os casos, com ação confessória, real por natureza.

Quando deriva do direito real de usufruir, a ação confessória tem por objeto o reconhecimento do Usufruto e a condenação do Réu em lhe restituir a coisa, ou cessar a moléstia. Também deve prestar fiança de que não voltará praticar atos de turbacão, repor os frutos colhidos e satisfazer as perdas e danos causados.

A ação confessória pode ser dirigida contra o proprietário e contra terceiros, devendo o usufrutuário provar que possui o Usufruto da coisa e que o Réu a retém injustamente, ou pratica atos turbativos de seu direito. Cabe aqui a citação das palavras de LAFAYETTE RODRIGUES, (ob. cit., p. 361):

“A **quasi-posse** do usufrutuário (atos de uso e de gozo) se confunde com a posse natural da coisa, e está, portanto, sujeita às mesmas lesões de que é suscetível a posse; donde vem que são aplicáveis a defesa da quasi-posse do usufruto os mesmos interditos que protegem a posse.”

O usufrutuário pode então invocar a manutenção de posse, caso seja turbado em sua **quasi-posse**, ou de esbulho, se a coisa lhe é injustamente tirada. Quanto às servidões que assistem ao prédio frutuário, pode intentar em nome próprio as medidas judiciais competentes para a cessação dos atos, que estejam perturbando o seu exercício de uso e gozo delas.

Em linhas gerais, procurou-se apresentar o instituto do Usufruto que é de vital importância para o objetivo do presente estudo.

2. DO USUCAPLÃO

2.1 Conceito de Usucapião

No presente capítulo, far-se-á o estudo do Usucapião. É um instituto do direito que trata da aquisição originária da propriedade pela posse mansa, pacífica e prolongada no tempo.

SILVIO RODRIGUES, (1995, p.103) define o instituto da seguinte maneira:

“Isso é o usucapião. Ou seja, modo originário de aquisição do domínio, através da posse mansa e pacífica, por determinado tempo, fixado em lei.”

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, (ob. cit., p. 103) assim o conceitua:

“Usucapião é a aquisição da propriedade ou de outro direito real pelo decurso do tempo estabelecido e com observância dos requisitos estabelecidos em lei.” (grifamos)

O Código Civil português de 1.867, chama a prescrição aquisitiva que enseja o Usucapião de positiva, ao revés da extintiva de direitos que é denominada negativa.

Portanto, existem dois gêneros de prescrição: a aquisitiva (*usucapio*) e a prescritiva. A primeira tem por objeto o domínio dos direitos reais e pressupõe como condição a posse sendo, ao mesmo tempo causa de aquisição e extinção de direitos. A lei a toma pelo seu lado positivo, considerando-a um modo originário de aquisição e, sob este aspecto, a regula, marcando-lhe as condições e efeitos.

Por conseguinte, a lei nunca declara que está extinto o direito do proprietário pois este é irrelevante para o deslinde das questões referentes à prescrição aquisitiva, mas interroga se o prescribente atingiu as condições da prescrição. Sempre é relevante ressaltar o entendimento de LAFAYETTE RODRIGUES, (ob. cit., p. 216) sobre os direitos que podem ser objeto do Usucapião:

“Todos os direitos reais, salvo hipoteca, o penhor e a anticrese se podem adquirir por prescrição.”

A prescrição extintiva é dita negativa, nasce da inércia do titular em procurar defender o seu direito. Ela nunca pode tomar a forma de ação e sempre se reveste de natureza de exceção peremptória à prestação jurisdicional reivindicada por uma parte que já não possui condições de requerer algo, devido ao decurso prolongado do tempo ter aniquilado sua pretensão.

É sabido que o domínio e os direitos reais estão sujeitos a incertezas e vacilações resultantes das dificuldades de prova da legalidade e eficácia de seus diversos modos de aquisição. Este fato que coloca o proprietário sob a constante ameaça de evicções imprevistas. Não é aceitável para o direito, nem para a sociedade, que a propriedade fique permanentemente sob uma situação de incerteza. Por isso, foi criada uma ficção legal para circunscrever essas incertezas dentro de um determinado período de tempo em que, preenchidas determinadas condições, fosse ela garantida contra causas evictórias porventura existentes antes da posse.

Tem-se então que a prescrição aquisitiva acaba com as incertezas da aquisição da propriedade. Pode ele simplesmente confirmar as transferências legítimas, ou onde não há certeza, possui o condão de sanar os defeitos porventura existentes no modo de aquisição, gerando o direito ao domínio sem nenhuma relação com qualquer vício preexistente à sua posse.

Apesar de a aparência do instituto ter um caráter espoliativo, esta impressão é atenuada pela negligência do proprietário, como também pela

necessidade da sociedade em ver a propriedade sempre fulcrada em uma função social, que colabore para o crescimento comunitário. É imperioso lembrar o fato de que ao dominante subsiste todo o prazo legal para se opor à ocupação de sua coisa e reavê-la, não o fazendo é que ocorre a prescrição.

Nestes termos, cabe a citação de SILVIO RODRIGUES, (ob. cit., p. 103) sobre a função social desempenhada pelo Usucapião:

“Por outro lado o usucapião dá o prêmio a quem ocupa a terra, pondo-a a produzir. É verdade que o verdadeiro proprietário perdeu o seu domínio, contra sua vontade. Mas, não é injusta a solução legal, porque o prejudicado concorre com sua desídia para a consumação de seu prejuízo. Em rigor, já vimos, o direito de propriedade é conferido ao homem para ser usado de acordo com o interesse social e, evidentemente, não o usa dessa maneira quem deixa sua terra ao abandono por longos anos.”

Confirmando este posicionamento, traz-se à colação os ensinamentos de CAIO MÁRIO PEREIRA DA SILVA, (ob. cit., p. 104):

“ A tendência moderna contudo, de cunho nitidamente objetivo, considerando a função social da propriedade, há de inclinar-se no sentido de que por ele se prestigia quem trabalha o bem usucapido, reintegrando-o pela vontade e pela ação nos valores efetivos da utilidade social, a que a prolongada inércia do precedente proprietário o condenara.”

Portanto, como conceitualização deste instituto cita-se LAFAYETTE RODRIGUES, (ob. cit., p.221) que define o Usucapião como:

“Modo de adquirir a propriedade pela posse continuada durante um certo lapso de tempo, com os requisitos estabelecidos em lei.”

2.2 Terminologia

A título de curiosidade, ressalta-se a controvérsia existente sobre o gênero da palavra Usucapião. Muitos doutrinadores a colocam como feminina, ou seja, a Usucapião, outros tantos colocam o termo no masculino, o Usucapião, sendo que ainda há aqueles que preferem o termo Usocapião.

O Usucapião provem do latim *uso + capere*, que significa, adquirir a propriedade pelo uso (pela posse). A tradição consagrou o uso do vocábulo no masculino, porém não são errôneas as duas outras formas, utilizadas, inclusive, por juristas abalizados que citam a expressão como sendo do gênero feminino.

2.3 O que se pode adquirir com o Usucapião

Questão de extrema relevância para o presente estudo é perquirir o que se pode adquirir através da prescrição aquisitiva. Nestes termos, torna-se imperiosa a citação do que relata LAFAYETTE RODRIGUES, (ob. cit., p. 292):

“Podem se adquirir por prescrição os direitos seguintes:

- a) O domínio ou a plena propriedade;
- b) O usufruto, o uso, a habitação e a enfiteuse;
- c) As servidões reais.

Vê-se, pois, que só pode ser objeto da prescrição o direito real, isto é, o direito que vincula diretamente a coisa corpórea. A razão é clara: a prescrição aquisitiva requer como elemento essencial a quasi posse, fatos que só são possíveis em relação às corpóreas, ou em relação aos direitos reais sobre a coisa corpórea.” (grifamos)

Também cabe a citação das palavras de ORLANDO GOMES, (ob. cit., p. 157):

“Somente os direitos reais que recaem em coisas prescritíveis podem se adquirir por usucapião. Não, todavia, todos. Tão só: a propriedade, as servidões, a enfiteuse, o usufruto, o uso e a habitação.” (grifamos)

Portanto, é de curial entendimento doutrinário que, além da propriedade certos direitos reais possam ser prescritos. Por ora basta, para a finalidade do capítulo, a sabença da possibilidade de usucapir-se o Usufruto. Agora, vejamos o que é necessário para que uma coisa possa ser usucapida.

É necessário que a coisa possa ser prescrita, ou seja, são em regra suscetíveis ao Usucapião todas as coisas que não estão fora do comércio. Portanto, são imprescritíveis bens que pertencem ao domínio público.

Contudo, existem coisas sujeitas ao comércio e que não podem ser prescritas. São elas:

- a) Os bens pertencentes aos impúberes durante a impuberdade;
- b) O pecúlio adventício do filho durante o pátrio poder;
- c) Os bens dotais inalienáveis na constância do matrimônio;
- d) Os bens doados pelo marido à concubina antes do fim do

casamento.

Também não entram na classe das coisas sob o domínio estatal aquelas em que o Estado é considerado um simples proprietário, tais como as terras devolutas, as ilhas formadas nos mares territoriais e os bens que sucede na falta de herdeiros do de cujus.

2.4 Requisitos para o Usucapião

Para usucapir são necessários certos requisitos ao usucapiente, que caracterizam a prescrição aquisitiva. As condições variam de uma forma de Usucapião para outra, porém, no geral, são as seguintes:

a) **RES HABILIS** – É necessário que a coisa não esteja fora do comércio e não seja bem público, como especificado acima;

b) **TITULUS** – É um documento que possuiria o condão de transferir ao seu possuidor a propriedade, caso houvesse advindo do verdadeiro proprietário;

Portanto, poderemos caracterizar o justo título, como sendo:

a) A doação, o dote ou o legado;

b) A sucessão, quando alguém possui uma coisa que pertence à herança e julga-se, erroneamente, o dono. A compra e venda, a dação *in solutum*, a permuta e a transação;

c) As sentenças dos juízos divisórios.

Contrario sensu, não são consideradas justo título para a prescrição as convenções que não são transatícias do domínio como a locação, o comodato e o depósito, os contratos com defeito de forma e os atos proibidos por lei, como o pai vender bem para o filho em adiantamento de herança, testamenteiro comprar os bens da testamentária, juiz ou escrivão arrematar bens na praça e, tutor alienar bens do menor sem licença do juiz.

Importante sempre notar que o título em virtude do qual começou a posse se presume continuar, ressalvada a existência de prova em contrário.

c) **FIDES** – Boa-fé é a crença do possuidor de que legitimamente lhe pertence a coisa que está em sua posse. Ela decorre sempre de um erro de fato escusável, como a ignorância do vício ou obstáculo que impede a transferência do domínio quando não tem por causa negligência culposa.

O erro de direito nunca serve de fundamento para a boa-fé, pois a ninguém é presumível desconhecer a lei. A menor dúvida do possuidor na legitimidade de sua posse já o constitui em má-fé, sendo que o desconhecimento de qualquer vício deve durar o tempo total necessário ao Usucapião. Uma vez comprovada a má-fé aquela prescrição está aniquilada.

O justo título e a boa-fé são coisas distintas porém, ao possuidor de justo título presume-se a boa-fé.

d) **POSSESSIO** – Consiste na chamada “posse mansa e pacífica”, ou seja, que não esteja maculada de nenhum vício de violência, clandestinidade e precariedade. Portanto, é extremamente relevante o fato de que o proprietário não pode exercer qualquer tipo de oposição em defesa de sua propriedade.

e) **TEMPUS** – O Usucapião é instituído com base na decorrência de um tempo que é fixado por lei, sendo analisados os interesses privados e os interesses sociais em voga. O tempo atual para a prescrição aquisitiva é dez e quinze anos para a espécie ordinária e vinte para a extraordinária. Para o Usucapião *pro labore* o prazo constitucional é de cinco anos.

f) **SENTENÇA JUDICIAL** – Neste ponto, configura-se uma profunda divergência jurisprudencial, sobre o fato da sentença que constitui o Usufruto ser meramente declaratória ou constitutiva de direito. A primeira corrente considera que uma vez alcançados os requisitos para a obtenção do Usucapião este estará configurado, independente de mais nada.

Para a exposição do pensamento da segunda corrente jurisprudencial, cita-se SILVIO RODRIGUES, (ob. cit. p.108):

“Antes da sentença o possuidor reúne em mãos todos os pressupostos e requisitos para adquirir o domínio. Mas, até que a sentença reclame tal aquisição, pelo reconhecimento da idoneidade dos pressupostos, o usucapiente tem apenas uma expectativa de direito. De modo que, no meu entender, e contrariamente o que pensa a maioria dos escritores, a sentença proferida na ação de usucapião tem caráter constitutivo, não meramente declaratório.”

g) **REGISTRO** – A exposição deste requisito fica por conta das palavras de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, (ob. cit., p. 111) *litteris*:

“A sentença declarando a aquisição da propriedade por usucapião constitui título que será levado ao registro imobiliário. Uma vez registrada esta, opera não apenas em relação a quem foi parte na lide ou integrou a relação processual (com efeito na coisa julgada), como também relativamente a terceiros (efeito *erga omnes* do direito real), e prova a propriedade em favor do adquirente (efeito específico do registro).”

2.5 Espécies de Usucapião

Existem três tipos de prescrição aquisitiva em nossa legislação pátria, quais sejam:

a) Prescrição Ordinária (*Usucapio seu longi temporis proscriptio*) – É o Usucapião que se consuma no prazo de dez anos, entre pessoas moradoras do mesmo município, ditas presentes, e quinze anos entre residentes em

diferentes cidades, consideradas ausentes. Exige essa forma de prescrição aquisitiva justo título e boa-fé, conforme extrai-se do art. 551 do Digesto Civil pátrio.

É visto que o decurso de tempo necessário ao Usucapião ordinário varia conforme o proprietário esteja presente ou ausente. Uma questão relevante é demonstrada por WASHINGTON RODRIGES, (1994, p. 126):

“Surge, neste ensejo, a questão seguinte: qual o tempo preciso, quando o interessado se acha presente em uma parte do tempo e ausente em outra? Por exemplo, mora ele durante oito anos no mesmo município (presente, pois, para os efeitos legais). Posteriormente, porém, transfere-se para outra localidade, considerando-se ausente. Em tal hipótese, segundo ensina LAFAYETTE, conta-se em dobro o tempo relativo à ausência. No exemplo apontado, consumir-se-á o usucapião ao cabo de doze anos (oito anos presente mais quatro anos ausente – o dobro do tempo que ainda restava e que era de dois anos).

b) Prescrição extraordinária (*usucapio longissimi temporis proescripcio*) – É a prescrição que se consuma apenas com o advento da posse mansa e pacífica e a passagem de vinte anos. O justo título e a boa-fé, na verdade, não são dispensados mas sim presumidos, sem possibilidade de prova em contrário. Está assim instituído no art. 550 do Código civil:

“Art. 550. Aquele que, por vinte anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio, independente de título e boa-fé que, em tal caso, se presume, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença a qual servirá de título para a transcrição no registro de imóveis.”

c) Usucapião Especial ou *pro labore* – O Constituinte de 1.988 criou uma nova espécie de Usucapião, que visa privilegiar o uso da propriedade fazendo com que ela tenha verdadeira função social.

Esse tipo de prescrição aquisitiva tem suas regras estabelecidas para áreas urbanas no art. 183 da Constituição da República:

“Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para a sua moradia ou família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

...omissis...”

Nas zonas rurais, as normas para se adquirir a propriedade por este tipo de Usucapião estão elencadas no art. 191 da Constituição Federal:

“Art. 191. Aquele que não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por sua força de trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

...omissis...”

Ressaltasse a possibilidade de Usucapião dos bens móveis. Para explicitação dessa forma de prescrição aquisitiva invocam-se os ensinamentos de SILVIO RODRIGUES, (ob. cit. 1995, p. 187):

“O espírito que inspira o usucapião dos móveis é o mesmo que inspira o usucapião de bens imóveis, isto é, o intuito de

emprestar juridicidade a situações de fato que se alongaram no tempo.

Ainda a respeito dos bens móveis contempla o legislador duas espécies de usucapião: de um lado o usucapião que se poderia chamar de ordinário, em que o usucapiente deve provar a posse, boa-fé e justo título, e que se consuma no período exíguo de três anos; de outro, o usucapião extraordinário, que demanda o período mais amplo de cinco anos, em que basta a prova da posse mansa e pacífica durante aquele intervalo, posto que a lei presume, de maneira irrefragável o justo título e a boa-fé.”

Estas são, portanto, as formas possíveis de Usucapião existentes em nossa legislação.

2.6 Contagem de tempo para a prescrição

Para que se alcance a prescrição aquisitiva é necessário que decorra um determinado lapso de tempo que deverá ser contado por dias civis de vinte e quatro horas de duração, com início em uma meia-noite até a outra. Exclui-se do prazo o dia em que começa a posse e computa-se o último, mesmo que apenas iniciado. O prazo é contínuo, ou seja, sem dedução dos domingos e feriados e conta-se a partir da data de transcrição do título, quando o Usucapião depende desta formalidade. Os meses são contados como tendo trinta dias servindo como base o calendário gregoriano.

2.7 Acesso de posse

Durante o lapso de tempo necessário à prescrição, mais de uma pessoa pode ter sido possuidora da coisa. A lei permite que o possuidor possa juntar sua posse à anterior para efeito de completar o prazo exigido, isso é o que se denomina acesso da posse (*accessio possessionis*).

Importante sempre é notar que, no fenômeno jurídico da acessão, um possuidor acolherá a posse do outro como se fosse sua própria para efeitos de Usucapião. Porém, requer a qualquer título o mesmo *animus domini* de quem possuía a coisa anteriormente, ou seja, que passe a possuir o bem com a mesma sensação de poder sobre ele que detinha o seu antecessor.

Quando a coisa é adquirida a título universal, como a do herdeiro, o que ocorre é que a mesma posse continua em outra pessoa, sendo a acessão obrigatória e incorporando ela todos os vícios e qualidades existentes na anterior. Se, por exemplo, fosse eivada de má-fé, mesmo o sucessor não sabendo do fato ficaria impossibilitado de usucapir.

Quando a acessão for a título singular, ou seja, desligada da posse do alienante, como no caso do comprador ou do donatário, não recebe ela os vícios existentes na anterior. Portanto, ela não é obrigatória e disso decorre o seguinte:

a) O vício da posse do antecessor não se comunica com a do sucessor singular e a prescrição começa no momento em que este passou a ser o possuidor da coisa;

b) Se a posse atual é de má-fé, mesmo a anterior sendo de boa-fé, não pode ela ser aproveitada;

c) Contudo, se ambas as posses são aptas a usucapir o possuidor pode anexá-las para perfazer o lapso de tempo que lhe falta.

2.8 Causas que impedem a prescrição aquisitiva

Podem ser arroladas como causas que impedem a prescrição aquisitiva:

a) A precariedade – O título de posse precário contém em si o reconhecimento da posse do proprietário e, portanto, exclui de pronto a boa-fé. São aplicáveis, então, as seguintes regras: “Ninguém pode prescrever contra seu próprio título” e; “A ninguém é lícito mudar o título de sua posse.”

Porém, o vício da precariedade pode deixar de existir pela chamada inversão, ou seja, por causa proveniente da pessoa de quem o possuidor houve a coisa. Por exemplo, este a recebeu por comodato e, posteriormente, compra do comodante. Ainda, por fato proveniente de terceiro, por exemplo, se recebeu a coisa como comodato e, depois, compra o bem de outro que reputa ser o verdadeiro dono.

Nestes casos deve-se ressaltar que o lapso temporal para a contagem da prescrição começa a contar a partir da data da inversão.

b) A violência ou a clandestinidade da posse;

c) A superveniência de má-fé.

Também não se configura Usucapião entre cônjuges, na constância do matrimônio, ascendentes e descendentes, durante o pátrio poder e, tutelados e curatelados e respectivos tutores e curadores, enquanto durar a tutela e a curatela. Deixa de se configurar, ainda, em favor do credor pignoratício, do mandatário e, em geral, das pessoas que lhe são equiparadas, contra os incapazes descritos no art. 5º do Código Civil, ausentes do país em serviço público da União, Estados ou Municípios e os que se acharem servindo na armada e no exército nacionais em tempo de guerra.

2.9 Causas que interrompem a prescrição aquisitiva

A interrupção da prescrição aquisitiva se dá quando ocorre algo que, apesar de não modificar as condições da posse, torna inútil o tempo já transcorrido. Existem duas espécies de interrupção, quais sejam, a natural e a civil.

A primeira é a perda da posse por determinado lapso de tempo como nos casos de esbulho. A interrupção não gera efeito se o possuidor reaver a coisa em um ano e um dia pelo interdito competente ou a qualquer tempo pela ação publicana, medida judicial em que tem por fim reaver a *posse ad usucapionem* usurpada por terceiro que não tem título ou detém um que é inferior ao do possuidor.

A interrupção civil ocorre se o proprietário, antes de decorrido o prazo prescricional, intenta a recuperação de seu direito judicialmente, ocorrendo a causa interruptiva exatamente no momento:

a) em que o possuidor recebe a citação inicial. Contudo, essa não tem efeito se não for fundamentada, caso seja nula, não for acusada em juízo, o possuidor for absolvido da instância, o autor desistir da ação ou, o processo, ao final, for julgado improcedente;

b) Em que o protesto, contendo a exposição dos fundamentos do direito, é feito perante a autoridade competente contra o possuidor ausente.

É de se notar que a interrupção civil é relativa, pois só quem a aproveita é o autor e não os terceiros.

2.10 Causas que suspendem a prescrição aquisitiva

A suspensão da prescrição ocorre quando advêm de causas que não extinguem o tempo anterior e não mudam as condições da posse. Uma vez levantado o obstáculo, o tempo começa a correr novamente do momento em que parou.

Dá-se a suspensão da prescrição quando ocorrer contra pupilos enquanto dura a idade pupilar, menores, filhos no caso dos bens adventícios alienados aos pais e, mulheres casadas, relativamente aos bens dotais inestimados e aos doados pelos maridos às concubinas.

Também são causas suspensivas da prescrição as elencadas da prescrição no art. 178 do Código Civil, quais sejam:

- a) pendendo condição suspensiva;
- b) não estando vencido o prazo;
- c) perdendo ação de evicção.

2.11 Extinção da prescrição

A prescrição pode ser invocada por via de ação ou de exceção pelo próprio adquirente ou, em sua falta, por seus herdeiros. Os credores do prescribente também podem invocá-la para saldar seus créditos e repelir, baseados nela, os embargos de terceiro do ex-proprietário.

Disso resulta que a renúncia da prescrição consumada, feita pelo prescribente, em evidente fraude à execução é válida, sendo facilmente rebatida quando usada contra os credores.

É sabido que a prescrição não produz efeitos de pleno direito. Não pode o juiz suscitá-la de ofício, deve ser alegada pela parte. Portanto, mesmo a prescrição consumada não é absoluta e irresolúvel, devendo sempre ser suscitada em juízo.

É lícito ao prescribente renunciar à prescrição iniciada ou já consumada. Todavia, é de se notar que somente poderão renunciar ao direito de usucapir as pessoas que estiverem na livre administração de seus bens.

A renúncia pode ser expressa ou tácita. A segunda envolve atos que reconheçam virtualmente os direitos do proprietário como, por exemplo, o possuidor comprar do proprietário uma servidão, lhe tomar arrendamento, não invocar a prescrição em juízo ou, ainda, quando subscreve, como prova a escritura de venda passada pelo titular do domínio.

Nestes termos impende citar ORLANDO GOMES, (ob. cit., p. 164-5):

“Ao possuidor é lícito renunciar ao usucapião depois de consumada. Antes da consumação, não se pode falar propriamente em renúncia, a chamada renúncia antecipada não é mais do que causa de interrupção. Significa que o possuidor reconhece o direito de propriedade de *outrem*. Neste sentido, diz-se que a renúncia pode ser tácita. Mas a verdadeira renúncia, isto é, aquela que se realiza depois de consumada a usucapião, há de ser, inevitavelmente, expressa.

A renúncia é ato simplesmente abdicativo. Não importa, por conseguinte, a transferência do direito de propriedade, nem exige o conhecimento do antigo proprietário. Volta este a ter o domínio da coisa, como esclarece LAFAYETTE, não por novo, senão pelo antigo título. Opera, em consequência, como se o proprietário antigo jamais tivesse deixado de ser o dono da coisa.

Consolida-se numa palavra, seu direito, revalidando-se os atos que praticou.”

A prescrição, depois de consumada, transfere a propriedade da coisa sempre segundo a intenção e as condições da posse. Se praticados atos possessórios que constituam o direito ao domínio pleno, então, o direito passará a ser exercido em relação à coisa em sua plenitude.

Nestes termos cabe suscitar os ensinamentos de LAFAYETTE RODRIGUES (ob. cit., 259-60) quando versa sobre os direitos reais de terceiros sobre a coisa que será objeto da prescrição aquisitiva:

“Se, porém, durante a sua posse, os terceiros que tinham direitos reais sobre a coisa continuam a exercê-los, ou se o possuidor sabia da existência desses direitos, adquire a coisa, mas subsistem os ônus reais preexistentes.”

Ora, seguindo a linha desta doutrina temos que o Usufruto, as servidões reais e a hipoteca, embora suscetíveis de se extinguirem por força das prescrições que lhe são peculiares, podem, todavia, cessar de existir por força da prescrição aquisitiva.

Porém, se pode concluir também que, se o Usucapião é eficaz para extinguir os ônus reais o possuidor destes poderá opor-se à prescrição de seu direito.

É importante notar que a prescrição consolida a causa do título que lhe serviu de fundamento e, sendo assim, possuindo o prescribente um título proveniente de compra e venda, deverá pagar ao alienante, segundo reza o contrato entre ambos. O beneficiário da prescrição aquisitiva adquire a coisa com todos os acessórios, tais como as servidões ativas e acessões.

2.12 Prescrição imemorial

A chamada prescrição imemorial é a que se assenta em uma posse, cujo início não encontra guarida na lembrança dos cidadãos vivos. Neste caso, não há prazo certo e fixado, basta que tenha sido sempre exercida como é na atualidade e que os homens mais antigos a confirmem e afirmem ter notícia da mesma por seus antepassados, ou seja, é atestada por duas gerações de homens.

A posse imemorial faz presumir a existência de justo título e boa-fé, não admitindo prova em contrário. Todas as coisas, ainda que imprescritíveis, porém alienáveis, tais como coisas de uso público, onde a administração detiver o poder de alienar, podem ser adquiridas por este tipo de prescrição.

Tem-se como de extrema relevância para o objeto desta pesquisa, apresentar uma visão geral sobre a prescrição aquisitiva. Portanto, o presente capítulo apresentou um estudo sobre as principais regras deste importante instituto.

3. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

3.1 Aspectos históricos

No presente capítulo serão apresentados aspectos relevantes sobre a função social da propriedade. É de extrema relevância para que seja alcançado o objetivo do estudo, a apreciação deste importante instituto constitucional. Uma vez que a coisa esteja sendo utilizada por um usufrutuário, para seu sustento e de sua família, conseqüentemente este bem possui finalidade para a sociedade e justifica-se a possibilidade do Usucapião do Usufruto que a está tornando útil.

A garantia ao direito de propriedade esteve sempre presente em todas as Constituições. A Carta Política do Império do Brasil de 1.824 já trazia consignado em seu art. 179, inciso XXII, os seguintes termos:

“É garantido o direito de propriedade em toda sua plenitude. Se o bem público, legalmente verificado, exigir o emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado no valor dela. A lei marcará os casos com que será lugar esta única exceção e dará regras para determinar a indenização.”

A Constituição de 1.891 manteve praticamente o mesmo sentido do diploma anterior. Porém, com o advento da Carta Magna de 1.934 pela primeira vez foi elevada a esfera constitucional, em nosso país, a preocupação com a função social da propriedade, no art. 113, ítem 17, assim encontrava-se preconizada:

“É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar a

propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito de indenização ulterior.” (grifamos)

Posteriormente houve o advento da Constituição de 1937, inspirada na Carta Polonesa existente na época e vulgarmente conhecida como “Polaca”, que possuía um conteúdo bastante conservador e centralizador. Esse texto constitucional omitiu-se quanto à função social da propriedade asseverando sobre o domínio o seguinte:

“ Art. 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

...omissis...

14 – o direito à propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.”

As Cartas que a sucederam obedeceram a sistemática implantada pela Constituição de 1937 no referente à função social da propriedade. A Lei Fundamental de 1946 apenas ampliou a possibilidade de desapropriação por “interesse social”, no art. 141, parágrafo 16. O diploma de 1967 e a Emenda nº 1/69 lhe foram cópias fiéis.

Porém, o fato de não constar expressamente dos textos constitucionais a expressão “função social da propriedade” não quer dizer que não tenha existido esta necessidade neste período temporal. Quando as Cartas Magnas expressavam, em seus dispositivos, termos como “necessidade pública” ou “interesse social”, nada mais faziam do que denominar de outra forma o mesmo instituto.

O que se deve sempre relevar é o contexto político que vigia na época em que tais diplomas foram confeccionados. A função social da propriedade, até a Constituição de 1988, estava unicamente voltada para as grandes propriedades rurais improdutivas que serviriam de base para a reforma agrária. Ora, como os poderosos

proprietários de grandes glebas territoriais, eram os mandantes do regime no país, não poderia aparecer, de forma clara, nos artigos constitucionais que a propriedade precisava ter uma função para o conjunto da sociedade. Contudo, isso não quer dizer, absolutamente, que o conceito não estava implícito nas referidas Constituições.

3.2 Função Social na atual Constituição

A Constituição da República de 1.988 voltou a consignar de forma expressa a necessidade de uma função social da propriedade. O art. 5º, que trata dos direitos e garantias individuais e coletivos, dispõe nos incisos XXII e XXIII o seguinte:

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

...omissis...

XXII – é garantido o direito à propriedade;

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

...omissis....”

Apesar de entendimentos doutrinários observarem que não foi uma boa técnica legislativa, a utilizada pelo constituinte pátrio ao colocar os dispositivos em incisos diversos, a idéia transmitida pela Carta Magna é clara. Portanto, a propriedade deve sempre cumprir a sua função social, para que possa ser garantida pela ordem jurídica. Quando essa finalidade não for cumprida, não faz este proprietário por merecer a proteção estatal.

Nota-se facilmente uma evolução da noção da propriedade que anteriormente possuía um cunho eminentemente individualista, constituindo-se no eixo central de todo o direito das coisas, ou seja, uma vez o objeto pertencendo a uma pessoa

está ele totalmente sujeito à vontade desta. Por conseguinte, permitia-se ao dono dar a destinação que melhor lhe aprouvesse ao seu domínio, desde que não fosse proibido pelo poder público ou pela concorrência de direitos alheios.

Contudo, atualmente a propriedade passa a ter um cunho social, sendo de extrema relevância a finalidade a ela dada pelo seu proprietário como observa JOSÉ CRETELA JÚNIOR, (1988, p. 301):

“Com a evolução dos tempos, “hoje a propriedade deixa de ser um direito subjetivo do indivíduo e passa a ser a função social do detentor dos capitais mobiliários e imobiliários.”

(Alfredo Buzaid, Da Ação Renovatória, 1958, p. XXII)

Antigamente, bem diversa era a situação. A propriedade, em torno do qual girava todo o direito das coisas, caracterizava-se pelo seu feitiço nitidamente individualista; tratava-se, então, de relação jurídica puramente privada e individual, de caráter sagrado e absoluto. Gradativamente, porém, modificou-se essa concepção egoística e individualista, que logo se tornou obsoleta, graças as tendências fundamentais da civilização atual, que reconheceu e proclamou, *urbi et orbi*, o predomínio do interesse público sobre o interesse privado.”

Porém, não é apenas e tão somente no art. 5º, inciso XXIII, que a Constituição da República de 1.988 referiu-se expressamente à função social da propriedade. Também se encontra consubstanciado no inciso terceiro do art. 170, situado no capítulo referente aos princípios gerais da atividade econômica, o seguinte dispositivo:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

...omissis...

III – função social da propriedade.”

A ordem econômica brasileira é, portanto, baseada no trabalho e na livre iniciativa por parte de todos os cidadãos. A finalidade é de garantir a todos uma existência condigna e de acordo com um conceito de justiça, que provem da filosofia clássica grega, sendo um somatório de noções e concepções éticas.

A justiça social proclamada abrange uma conotação mais intimista, abrangendo os direitos humanos, econômicos e sociais. Contudo, para que sejam alcançados estes objetivos, a Carta Magna ressalta que devem ser observados os princípios, que estão nos incisos do art. 170.

Princípios são o epicentro em torno do qual gira todo um sistema jurídico, aonde as normas encontram o sustentáculo para que sejam moralmente aceitáveis. Entre os dispositivos que regem a estrutura da atividade econômica brasileira houve por bem o constituinte pátrio em inserir a função social da propriedade.

Para melhor explicitar o significado do inciso III, do art. 170 da Constituição Federal de 1988, invoca-se as palavras de PINTO FERREIRA, (1994, p. 244 – 5):

“Desde muito tempo a propriedade tem sido considerada como um direito natural, inalienável e imprescritível. As Constituições atuais positivam tal direito em seu texto, emprestando-lhe porém novo sentido. É a função social da propriedade. O direito de propriedade não pode ser exercido de modo arbitrário contra o bem comum, pois a propriedade deve ser útil às pessoas.

Não se deve abolir a propriedade privada, porém, emprestar-lhe uma função social. O conceito de propriedade provém do direito romano, que definiu como o *jus utendi, fruendi et obtendi re sua, quatenus ratio juris patitur*, isto é, o direito de usar, fruir e

dispor da própria coisa, até onde permita o direito. Esse permissivo do direito deve ser ajustado à vida social contemporânea, no sentido de atribuir à propriedade uma função social, como a garantia da pessoa a ser generalizada para todos.”

3.3 Penalizações pelo não cumprimento da Função Social

No vigente Texto Constitucional não são apenas os arts. 5º e 170 que tratam da função social da propriedade. Existem outros dispositivos constitucionais que trazem menções claras a este instituto. O art. 156, parágrafo primeiro, dispõe que o IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano) será progressivo no tempo de forma a assegurar que o domínio tenha utilidade social, ou seja, a propriedade improdutiva paga mais imposto que a produtiva.

O art. 182, nos parágrafos segundo e quarto, dispõe a forma pela qual a propriedade urbana atenderá a sua função social e quais são os instrumentos postos a disposição do Município para que faça valer essa regra:

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

...omissis...

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

...omissis...

§ 4º. É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, sub

utilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

- I- parcelamento ou edificação compulsórios;
- II- imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivos no tempo;
- III- desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.”

Portanto, o conteúdo da função social dos imóveis urbanos é aquele que derivar de seu plano diretor aprovado pela Câmara Municipal, que precisa estar em conformidade com política de desenvolvimento urbano do Município, sempre observando as diretrizes gerais fixadas em lei federal. Caso não sejam atendidas as condições estabelecidas pela municipalidade, esta possui como meios de coação as três formas existentes no parágrafo 4º, do art. 182, da Constituição Federal.

Conforme se denota claramente da exegese do Texto Constitucional a função social é cumprida quando a coisa atinge sua utilização econômica plena. Portanto, cumpre sua finalidade para a sociedade o imóvel que, levando-se em conta suas características peculiares, estiver produzindo o máximo de frutos que poderia produzir.

Explicita muito bem esta linha de raciocínio CELSO RIBEIRO BASTOS, aqui citado, (1995, p. 196):

“Queira-mo-lo ou não, seja ou não do nosso gosto pessoal, o fato é que os objetivos fundamentais dos Estados modernos continuam a ser aqueles voltados ao desenvolvimento do potencial econômico. Embora quando se fale em desenvolvimento social queira-se mais referir a uma partilha

equitativa dos bens produzidos, o fato é que nenhum Estado se contenta com o mero distributivismo. Uma política social eficaz só acaba afinal por ter êxito se lastreada em uma abundante produção de bens. Ninguém em sã juízo pode acreditar que um produto nacional insuficiente possa gerar o bem estar coletivo pelo mero fato de ter criado pessoas mais ou menos do mesmo nível de miséria.”

Os arts. 184 e 185 da *Lex Fundamentalis* possibilitam a desapropriação de imóveis rurais que não estejam cumprindo sua função social, para fins de reforma agrária. Também remete para a lei complementar a fixação de normas referentes aos requisitos a serem cumpridos para que as propriedades sejam utilizadas de forma a atingir um fim social.

O art. 186 da Constituição da República de 1.988 estabelece os requisitos para o atendimento da função social da propriedade rural:

“Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

- I- aproveitamento racional e adequado;
- II- utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III- observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV- exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e trabalhadores.”

A exegese destes dispositivos da Carta Magna brasileira leva a conclusões idênticas quanto às propriedades rurais e urbanas, ou seja, ambas, para cumprir com sua função social, devem produzir com plena capacidade. Merece, pois,

especial atenção o mecanismo mais duro de que dispõe o administrador de fazer com que o bem cumpra com suas finalidades para a sociedade.

O instituto da desapropriação remonta aos romanos, quando era um ato arbitrário e particularizado a situações concretas que eram de interesse do império. No Brasil, os dispositivos sobre ela remontam à Constituição de 1.824 e nenhuma Magna Carta posterior deixou de explicitá-la em seus artigos.

Na Constituição vigente existem várias situações que qualificariam um bem como suscetível à desapropriação, mas o que interessa ao presente estudo são os casos em que não é cumprida a função social. Conforme acima explicitado o imóvel urbano e rural deve atender aos requisitos estabelecidos nos arts. 182 e 186 da Constituição Federal de 1.988, respectivamente.

Uma vez não cumpridos tais requisitos possui o administrador diversas formas de obrigar o seu cumprimento, culminando com a desapropriação. Esta possui três fundamentos segundo o procurador do Município de São Bernardo do Campo, VITOR ROLF LAUBÉ, (1993, p. 87-8):

“...evidentes ficam os fundamentos da desapropriação, que são de três ordens: política, constitucional e legal. O primeiro deles, o fundamento político, baseia-se na consagrada prevalência, quando incompatíveis, do interesse público sobre o particular, já o fundamento constitucional se encontra delineado nos arts. 5º, XXIV, 182, parágrafo 4º, III e 184 da atual Lex Mater, e, por fim, o fundamento legal consiste em todo o arcabouço normativo infraconstitucional”

Porém, existe uma forte corrente doutrinária defendendo a posição de que a desapropriação não possa ser um instrumento a ser utilizado de forma indiscriminada pelo poder público. Exigem, esses doutrinadores, um devido processo

legal com ampla possibilidade de contraditório para os que são penalizados com a desapropriação de seu bem em prol do benefício social.

O professor IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, (1994, p.357-58) é partidário desta corrente doutrinária. Em parecer confeccionado a pedido de uma empresa rural que estava tendo uma de suas fazendas desapropriadas, defendeu que a propriedade sendo produtiva, mesmo sem alcançar plenamente seu potencial, é insuscetível de desapropriação. A ela devem se aplicar outros tipos de penalidades constitucionalmente previstas. Aqui transcreve-se determinados trechos do parecer:

“A propriedade produtiva é, pois, insuscetível de desapropriação, o inc. II não declara que a propriedade produtiva é aquela definida em lei como o faz a lex maxima em relação a pequena propriedade rural. Declara apenas que ela é insuscetível de desapropriação. Não pode ser desapropriada. Deve merecer “tratamento especial” para que seja impedida a desapropriação para a reforma agrária.

O constituinte foi tão cauteloso no estipular a impossibilidade produtiva ser desapropriada que, sobre exigir “tratamento especial”, determinou que as normas fossem fixadas para o cumprimento dos requisitos relativos à sua função social. Em outras palavras o constituinte, ao não permitir a desapropriação da propriedade produtiva, que não fica condicionada a definição legal, exigiu que a lei deverá ofertar a possibilidade de que, se não estiver sendo cumprida, venha a cumprir sua função social, a lei determinará os requisitos para que venha a cumpri-la.

...omissis...

Ora, se só podem ser desapropriados, pelo art. 184, imóveis que não cumpram sua função social e se as propriedades produtivas não podem ser desapropriadas, pelo art. 185, à evidência, a propriedade que não cumprir sua função social, se for produtiva,

não poderá ser desapropriada, mas devem ser induzidos, seus proprietários, a fazê-la cumprir, sob pena de sanções.”

Estas são, portanto, as penalidades existentes em sede constitucional para bens que não cumprem com sua função social. Deve-se analisar caso a caso a situação em que se encontra o proprietário e o bem, para que se possa chegar a uma solução concreta e justa sobre a possibilidade de aplicar-se uma sanção devido ao não atendimento das finalidades sociais de um bem.

3.4 Legislação infraconstitucional

As conseqüências devido ao não cumprimento da função social da propriedade estão previstas na própria Constituição Federal de 1988. São exemplos a tributação de IPTU mais gravosa e progressiva no tempo, alíquotas de ITR maiores para propriedades rurais improdutivas, desapropriação de áreas rurais para a reforma agrária, parcelamento e edificação de solo urbano, entre outras.

Contudo, não existe uma legislação infraconstitucional a respeito da matéria e a Constituição, apesar de ser a lei máxima de um país, não deixa de ser uma carta genérica de intenções, não indicando os pormenores necessários para que se atinjam os objetivos nela fixados. Compete, portanto, ao judiciário estabelecer os limites do cumprimento e forma de aplicação das sanções pela não efetivação da finalidade social do bem. Deve-se sempre levando em consideração que todos os dispositivos legais e atributos da propriedade, quais sejam, o uso, o gozo e a disposição, estão irremediavelmente impregnadas pela função social.

E não é apenas a propriedade que está eivada de função social, deve-se notar que a posse e todos os direitos reais, a partir da Carta Magna de 1988, estão sob a sua incidência. Note-se que não se pode cobrar do constituinte o uso dos termos técnicos com absoluta precisão, pois não é sua função descer a pormenores, que são alcançados pela legislação infraconstitucional e precisando-se atentar para a finalidade dos institutos e dispositivos por ele criados.

3.5 Contraponto entre o direito de propriedade e Função Social

O desejo de propriedade privada do ser humano surgiu de seu sentimento egoístico de possuir algo que os demais não poderiam ter. Durante muito tempo o domínio foi o reflexo de uma postura individualista do homem diante da sociedade, ou seja, o possuidor da coisa podia fazer dela o que bem entendesse sem nenhuma preocupação com a felicidade dos demais.

Com o passar do tempo, essa concepção individualista foi dando lugar a um novo tipo de pensamento que sobrepõe o interesse coletivo ao individual, conforme explicita o Procurador Municipal VITOR ROLF LAUBÉ, (ob. cit., p. 88):

“É fato incontroverso que, hodiernamente, não mais se reveste o instituto do direito de propriedade daquelas notas de absolutismo, e exclusividade que lhe emprestava, no passado, o Direito Romano.

Esses traços romanísticos da antiga idéia de propriedade puramente individualista foram sendo gradativamente afastados, para exsugir, em conseqüência, uma concepção de propriedade mais voltada para o aspecto social, o que se deu pelo progressivo condicionamento de seu uso ao bem-estar social, através de restrições, tanto positivas, quanto negativas, decorrentes do poder de polícia em seu sentido amplo, do Estado. Inocultável, dessa forma, a evolução experimentada pela propriedade, ou melhor, pelo direito de propriedade visto que partiu de um sentido individual, para atingir um sentido mais social, ou seja, mais voltado para o bem-estar coletivo.”

A função social não é uma negação ou uma limitação ao direito de propriedade, consagrado como princípio fundamental em nossa legislação pátria. Ela é o fruto de um avanço gradativo e determinado da história da humanidade em busca de

uma comunidade justa e fraterna. Portanto, é preciso que mesmo o que é privado tenha um sentido para a sociedade, para que a ordem jurídica que o defende esteja também garantindo a paz e harmonia de todos os indivíduos.

3.6 O que é Função Social, afinal ?

Portanto, se pode concluir que a função social da propriedade não se confunde com sistemas de restrição do domínio como, por exemplo, os direitos de vizinhança ou as posturas municipais, pois estas dizem respeito ao poder exercido pelo proprietário sobre a coisa.

A função social da propriedade está construída sobre a própria estrutura de domínio, sendo que este deverá sempre cumprir seus requisitos para que se torne merecedor da tutela estatal. Nestes termos, impende citar CELSO RIBEIRO BASTOS (1989, p. 125), quando fala sobre os objetivos a função social da propriedade:

“ A função social visa coibir deformidades, o teratológico, os aleijões, digamos assim da ordem jurídica. É o que cumpre examinar agora. Vale dizer, em que consistem aquelas destinações que poderão levar ao uso degenerado da propriedade a ponto de colocar seu titular em conflito com as normas jurídicas que a protegem.

A chamada função social da propriedade nada mais é do que o conjunto de normas da Constituição que visa, por vezes, até com medidas de grande gravidade jurídica, recolocar a propriedade na trilha normal.”

Porém, cabe a indagação pertinente ao fato de como se poderá fazer para que a propriedade cumpra com a sua função social. A questão não é simples e nem respondida de forma fácil com a mera indicação dos requisitos enumerados na Constituição Federal de 1.988, ou seja, se o domínio preenche os requisitos está

cumprindo sua finalidade para a sociedade, uma vez não os preenchendo não merecerá a tutela estatal.

Deve-se atentar que a Carta Magna, quando se refere a função social apenas deseja evitar que o domínio seja utilizado de forma a produzir benefícios meramente individuais. Que não cause a propriedade, lesões a direitos individuais e coletivos dos demais membros da sociedade.

Portanto, é preciso realizar-se uma análise criteriosa, caso a caso, sobre a situação real dos bens para se verificar se está cumprido, ou não, sua função social. É de extrema relevância esta postura para que não se chegue a extremos, como por exemplo, considerar que terrenos urbanos não construídos, muitas vezes por que seus donos estão acumulando capital para realizar a obra que servirá para sua moradia, ou então, áreas rurais não ocupadas, pois o agricultor está dando descanso à terra, não estão cumprido com sua função social.

O que deve existir, portanto, é uma revitalização na noção do uso da propriedade. Precisa-se dar enfoque especial às razões que estão levando uma propriedade a ser, ou não, utilizada.

Essa é uma das razões pela qual o constituinte pátrio de 1.988 colocou a garantia ao direito de propriedade e a sua função social em incisos separados e não no mesmo, como muitos doutrinadores gostariam de ver. Devido a esta estrutura da Magna Carta, aufere-se que o domínio basta por si só, não sendo sua finalidade social um ônus tão grande que torne a propriedade mera decorrência da função social a ela dada.

Nosso sistema jurídico não prega uma luta entre os direitos individuais e coletivos de nossa população, mas acredita que o exercício normal dos direitos dos indivíduos levará naturalmente com que sejam atingidos os fins sociais.

Aqui resta demonstrado, com hialina clareza, o motivo pelo qual o presente capítulo encontra-se inserido neste estudo. Ora, estando uma propriedade gravada com ônus real de Usufruto encontra-se, portanto, sendo utilizada de maneira a render frutos sociais pois dá sustento ou abrigo ao usufrutuário.

O Usufruto propicia, geralmente, à propriedade a finalidade social que necessita para ser benéfica à comunidade. O domínio que o legitima configura uma simbiose extremamente positiva socialmente, que deve ser protegida por todo o nosso ordenamento pátrio.

Além do mais, o próprio princípio da Função Social é um argumento decisivo na alegação da prescrição aquisitiva do direito real de Usufruto como defesa ou em ação própria, pelo usufrutuário.

4. DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

4.1 Usufruto, Usucapião e Função Social da Propriedade

O presente capítulo foi reservado para a discussão dos conceitos apresentados nos três capítulos anteriores que versaram, respectivamente, sobre o Usufruto, o Usucapião e a Função Social da Propriedade. Aliado a este objetivo procurar-se-á demonstrar qual é o entendimento dos tribunais a respeito do tema objeto deste estudo.

É de se frisar, já nesse primeiro momento, que as decisões jurisprudenciais a respeito do tema não são abundantes. Porém, os apontamentos das decisões judiciais encontradas, em conjunto com o estudo apresentado na presente monografia, permitem definições analógicas no sentido da possibilidade de prescrição aquisitiva de direitos reais, dentre os quais o Usufruto.

Em primeiro lugar, torna-se imperioso ressaltar as razões que possibilitariam a defesa do direito real de Usufruto através da via do instituto do Usucapião. Não se trata, logicamente, de uma tentativa de usucapir a propriedade pois a própria situação do usufrutuário exclui um requisito básico para todo e qualquer tipo da prescrição aquisitiva que é a boa-fé.

A idéia central do estudo é a possibilidade de o usufrutuário aproveitar-se do instituto do Usucapião para defender o seu direito real. Imaginemos, pois, pessoas idosas vivendo por vários anos em uma casa que lhes foi concedida em Usufruto vitalício e que, por alguma razão, venha o nu proprietário a perder o referido imóvel.

A questão que surge, então, é se o direito tem uma solução para estes idosos ou eles deverão abandonar sua residência, uma vez que não existe a possibilidade de tentativa de aquisição da propriedade por eles. A parte contrária, usualmente vai interpelar o usufrutuário e pedir a reintegração ou imissão de posse,

alegando que a falência do direito do nu proprietário arrasta o usufruto. Principalmente no caso do Usufruto não ter sido registrado ou sê-lo com defeito de forma.

A resposta aparece quando se vislumbra, na doutrina e na jurisprudência, uma clara aceitação da possibilidade de usucapir-se direitos reais sobre as coisas alheias. Portanto, uma vez satisfeitos os requisitos para que seja configurado o Usucapião, seja ele o do Código Civil ou o Constitucional, pelo usufrutuário, abre-se a brecha legal para que seja possível a realização do o Usucapião do direito real de Usufruto.

Existem casos onde os usufrutuários estão a mais de vinte anos em uma propriedade, a mais de cinco anos em área urbana medindo até duzentos metros quadrados, ou, ainda, rural não ultrapassando a cinquenta hectares, e através de seu trabalho ou moradia dão a ela uma inegável função social. Um magistrado ao analisar a situação destes possuidores deve atentar para a possibilidade de prescrição aquisitiva do direito real que lhes legitima a posse.

Não é ilógico, mas de fácil aceitação, que este tipo de prescrição aquisitiva de direito real, mais especificamente do Usufruto, também cabe aos bens móveis desde que estejam satisfeitos os requisitos temporal e funcional susomencionados.

Esta solução jurídica vai ao encontro dos objetivos mais profundos do direito, ou seja, a garantia da paz na sociedade. Ora, o bem vinha cumprindo sua função social, característica que não lhe será retirada e as pessoas não serão retiradas de suas posses e residências, fato que apenas aumentaria os problemas sociais já tão presentes em nossa sociedade. E, ainda, será este procedimento mais facilmente aceito pelo novo proprietário, uma vez que o seu domínio não será, de forma alguma, ameaçado.

4.2 Análise jurisprudencial

Passa-se agora para o estudo das decisões judiciais a respeito da matéria abordada na presente monografia. Deve-se ressaltar o fato de que o Usucapião do Usufruto não é um tema largamente abordado em nossos Tribunais pátrios.

Os acórdãos, ora apresentados, todavia, indicam o caminho que deve ser seguido caso ocorra a situação de um usufrutuário buscar a defesa de seu direito real através da prescrição aquisitiva. Serão transcritas, no presente capítulo, decisões jurisprudenciais principalmente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que se referem ao assunto e feita a análise de como elas se aplicam ao tema.

Vale ressaltar que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina é tido como um dos mais conceituados e conservadores do país e, por este motivo, foi utilizado como base para o tópico sobre as decisões jurisprudenciais. Uma vez que um órgão julgador conservador, porém extremamente respeitado em seus posicionamentos, indica como possível um caminho trilhado por uma determinada situação jurídica já é uma razão determinante para que ela seja estudada com afincos pelos operadores do direito.

Primeiramente, resta consignado na Apelação Cível nº 51.650, relatada pelo desembargador NEWTON TRISOTTO, da Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em decisão prolatada na data de 22.10.96, que o Usufruto é uma das únicas matérias de defesa do possuidor da coisa contra o proprietário:

“AÇÃO REIVINDICATÓRIA – POSSE JUSTA – CONCEITO – USUCAPIÃO ESPECIAL – REQUISITOS.”

“PARA OS EFEITOS DA REIVINDICATÓRIA, DOUTRINA SÁ PEREIRA, O CONCEITO DE POSSE INJUSTA NÃO SE DECALCA , EXATAMENTE NO ART. 489 DO CÓDIGO CIVIL, ISTO É NÃO SE INFERE APENAS DA VIOLÊNCIA, PRECARIEDADE E CLANDESTINIDADE, (MANUAL DO

CÓDIGO CIVIL, V. 8. P. 25). O SENTIDO DA POSSE INJUSTA SE TORNA AQUI MAIS AMPLO, O QUE É FACILMENTE PERCEPTÍVEL CONSIDERANDO-SE QUE A POSSE DE BOA-FÉ PUDESSE EXCLUIR A REIVINDICATÓRIA, NO MÍNIMO ESTARIA PRATICAMENTE EXTINTO DIANTE DO FATO DA POSSE. MESMO DE BOA-FÉ A POSSE CEDE AO DOMÍNIO DESSA AÇÃO ESPECÍFICA DE DEFESA DELE. A DETENÇÃO INJUSTA SE HÁ DE ENTENDER, ENTÃO, COMO DETENÇÃO SEM TÍTULO DE PROPRIEDADE, OU SEM CARÁTER DE POSSE DIRETA ATRAVÉS DAS VIAS ADEQUADAS.” (SEABRA FAGUNDES)

“EM TEMA DE USUCAPIÃO ESPECIAL É INVIÁVEL O RECONHECIMENTO DO *ACESSIO POSSESSIONIS*, PARA FINS DE COMPLEMENTAÇÃO DO LAPSO DE PRESCRIÇÃO AQUISITIVA.” (AP. CÍVEL Nº 40.262, DES. ANSELMO CERELLO).

É consignado no corpo do v. acórdão o seguinte entendimento:

“ DO EXPOSTO EXTRAI-SE QUE, PROVADO O DOMÍNIO DO AUTOR SOBRE A COISA REIVINDICADA, SEM QUALQUER QUESTIONAMENTO QUANTO À SUA VALIDADE, AO DEMANDADO RESTARÃO COMO MATÉRIA DE DEFESA AS SEGUINTE EXCEÇÕES: A) PRESCRIÇÃO AQUISITIVA (USUCAPIÃO) B) DIREITO DECORRENTE DA POSSE DIRETA OUTORGADA PELO PROPRIETÁRIO (COMODATO, LOCAÇÃO, ARRENDAMENTO, AFORAMENTO, USUFRUTO, ETC.)”
(grifamos)

Poder-se-ia dizer que o magistrado não permitiu a defesa do direito real outorgado pelo antigo proprietário contra o novo. Apenas optou como matéria de defesa os que tenham sido outorgados pelo novo titular do domínio.

Porém, não existe especificação na decisão e na doutrina por ela citada sobre qual proprietário que outorgou os direitos reais que poderão ser usados em matéria de defesa. Na presente monografia, foram apontados como prescritíveis os direitos reais sobre as coisas alheias e, neste sentido, não se duvida que existe a possibilidade de defender-se um Usufruto existente sobre o bem através do Usucapião.

Ora, mas como o usufrutuário defenderá a posse da coisa contra um novo proprietário que não foi o que concedeu este benefício, se não através de uma ação que lhe garanta a validade deste direito real de uso que possui. Essa *actio* que protegerá o seu direito adquirido é exatamente o Usucapião deste Usufruto.

Exatamente no mesmo sentido encontra-se decidido na Apelação Cível de nº 35.599, decidida na data de 19 de novembro de 1992, cujo relator foi o desembargador JOÃO JOSÉ SCHAEFER da Quarta Câmara Civil, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“AÇÃO REIVINDICATÓRIA.

CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE SE O RÉU,
AO CONTESTÁ-LA, NADA ARGÜIU QUE JUSTIFICASSE
A DILAÇÃO PROBATÓRIA.

APELO DESPROVIDO.”

É CONSIGNADO O SEGUINTE ENTENDIMENTO NO
CORPO DO ACÓRDÃO:

“SUSTENTOU O DOUTO MAGISTRADO QUE O PEDIDO
ESTÁ AMPARADO PELO ARTIGO 524 DO CÓDIGO CIVIL
E QUE, CONSOANTE O MAGISTÉRIO DE CARVALHO
SANTOS E VENERANDO ACÓRDÃO DO TJRN,
RELATADO POR SEABRA FAGUNDES, “PARA EFEITOS

DE REINVINDICATÓRIA, O CONCEITO DE POSSE INJUSTA NÃO SE DECLARA EXATAMENTE NO ART. 499 DO CÓDIGO CIVIL, MAS SE ENTENDE COMO DETENÇÃO SEM TÍTULO DE PROPRIEDADE OU SEM O CARÁTER DE POSSE DIRETA ATRAVÉS DAS VIAS ADEQUADAS.

RESTARIAM, COMO MATÉRIA PARA O DEMANDADO, AS EXCEÇÕES DE PRESCRIÇÃO AQUISITIVA E O DIREITO DE POSSE DIRETA ATRAVÉS DAS VIAS ADEQUADAS.

RESTARIAM, COMO MATÉRIA PARA O DEMANDADO, AS EXCEÇÕES DE PRESCRIÇÃO AQUISITIVA E O DIREITO DE POSSE DIRETA OUTORGADA PELO PROPRIETÁRIO (COMODATO, ARRENDAMENTO, AFORAMENTO, USUFRUTO, ETC...) .OMISSIS...”
(grifamos)

Conforme o exemplo acima citado, não sendo o caso do direito real de Usufruto ser outorgado pelo novo proprietário deve existir uma forma do usufrutuário defender-se. Ora, uma vez que atingiu o possuidor o requisito temporal para a prescrição aquisitiva do direito real de propriedade qual a razão jurídica para se impedir que este possa adquirir pela via do Usucapião este direito real de uso.

O venerando acórdão proferido na Apelação Cível nº 35.294 pelo relator Desembargador ALCIDES AGUIAR, integrante da Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na data de 07 de outubro de 1.993, demonstra claramente o entendimento de que é possível a prescrição aquisitiva dos direitos reais:

“USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO DE COISA MÓVEL – DIREITOS REAIS DE LINHA TELEFÔNICA – NATUREZA REAL – VENDA SUCESSIVA DE BEM IMÓVEL COM INCLUSÃO DE TELEFONE NELE INSTALADO – TAXAS

DE UTILIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DADOS PELOS ADQUIRENTES A CONCESSIONÁRIA POR MAIS DE CINCO ANOS – ALEGADO PAGAMENTO DE ALUGUÉIS PELO USO DO TELEFONE NÃO COMPROVADO – TITULAR DOS DIREITOS DE USO JUNTO À TELESC EM LUGAR INCERTO E NÃO SABIDO – DESINTERESSE MANIFESTO E ABANDONO DA COISA – POSSE PRECÁRIA AFASTADA – ACESSIO POSSESSIONIS - POSSE CONTÍNUA, SEM INTERRUPTÃO, COM ANIMUS DOMINI – ARTS. 619 E 522 DO CC – AÇÃO IMPROCEDENTE – RECURSO PROVIDO.

MINISTÉRIO PÚBLICO – INTERVENÇÃO EMBORA DESNECESSÁRIA – NULIDADE AFASTADA – ART. 84, CPC.

CURADOR A LIDE – REVEL CITADO POR EDITAL (ART. 9º, II, CPC) – MÚNUS PÚBLICO – OBRIGAÇÃO DE CONTESTAR – PRAZO IMPRÓPRIO PARA ESTE FIM – PRECLUSÃO INOCORRENTE – ART. 319, CPC.

O DIREITO DE USO DA LINHA TELEFÔNICA, DE NATUREZA REAL, É USUCAPÍVEL EM FACE AO ASSINANTE.

A POSSE DE TELEFONE POR MAIS DE CINCO ANOS, EXERCIDA DE FORMA MANSA, PACÍFICA E ININTERRUPTA, COMO SE DONO FOSSE, CONFERE AO POSSUIDOR A AQUISIÇÃO POR USUCAPÍÃO DOS RESPECTIVOS DIREITOS DE USO, INDEPENDENTEMENTE DE TÍTULO E BOA-FÉ, QUE, EM TAL HIPÓTESE, SE PRESUMEM.

...OMISSIS...

PODE USUCAPIR TAL DIREITO. O DIREITO REAL DE USO SOBRE O BEM MÓVEL É CONSIDERADO BEM MÓVEL PARA TODOS OS EFEITOS LEGAIS (ART. 48, I,

DO CC.), E POR SER BEM MÓVEL, SOBRE OS EFEITOS DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA, NO MESMO SENTIDO, CONFIGURAM-SE OS ARESTOS ESTAMPADOS NAS RT 476/89, 500/109, 591/137. POR OUTRO LADO NA REVISTA DENOMINADA JULGADOS DOS TRIBUNAIS DA ALÇADA CIVIL DE SÃO PAULO, VOL 78/100, ED. SARAIVA, FAZ-SE REFERÊNCIA QUE À CIRCUNSTÂNCIA DE QUE 'NO CASO DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA, RELATIVA À LINHA TELEFÔNICA, A JURISPRUDÊNCIA TEM ADMITIDO A UTILIZAÇÃO DA AÇÃO DE USUCAPIÃO (RT 392/254, 378/222 E 372/279).

“NÃO OBSTANTE, RELATIVAMENTE À MATÉRIA (LINHAS TELEFÔNICAS), CUMPRE RECONHECER QUE ESTE ENTENDIMENTO NÃO É INTEIRAMENTE PACÍFICO. COM EFEITO, O EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO JÁ DECIDIU QUE O DIREITO AO USO DO TELEFONE É DE NATUREZA PESSOAL, SENDO INCABÍVEL SUA AQUISIÇÃO POR USUCAPIÃO (RT 453/213), UMA VEZ QUE O USUCAPIÃO NÃO SE APLICA AOS DIREITOS PESSOAIS. ISTO PORQUE SÓ PODE SER OBJETO DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA O DIREITO REAL, PORQUANTO O USUCAPIÃO TEM COMO REQUISITO A POSSE OU QUASE-POSSE, FATOS QUE SÓ SÃO POSSÍVEIS EM RELAÇÃO ÀS COISAS CORPÓREAS OU EM RELAÇÃO AOS DIREITOS REAIS SOBRE A COISA CORPÓREA. NO MESMO SENTIDO A OPINIÃO DE NÉLSON LUIZ PINTO.

“O STF SE PRONUNCIOU SOBRE O USO DE LINHA TELEFÔNICA COMO DIREITO DE USO (RTJ 88/969), RECONHECENDO-LHE UM VALOR ECONOMICO. E DIREITO DE USO É DIREITO REAL. (ART. 674, IV, DO CC.)

“ASSINALE-SE, TAMBÉM, QUE A CORRENTE JURISPRUDENCIAL MAJORITÁRIA É A QUE DEFENDE O ENTENDIMENTO DE SER CABÍVEL A AQUISIÇÃO, POR USUCAPIÃO DE LINHA TELEFÔNICA.” (IN, “USUCAPIÃO DE BENS IMÓVEIS E MÓVEIS”, JOSÉ CARLOS MORAES SALLES, 2ª ED., SP, RT 1992, PG. 99) COMO BEM POSTO NO JULGADO INSERTO IN “RT” 623/189:

“... A EMPRESA CONCESSIONÁRIA NÃO É SENHORA OU POSSUIDORA DO DIREITO DE USO DO APARELHO TELEFÔNICO (DA LINHA TELEFÔNICA) MAS É SENHORA E POSSUIDORA DO APARELHO (DA LINHA). ASSIM JÁ DISSE O STF, QUE, NO RE 86.172-6-MG, POR SUA C., 2ª TURMA, AFIRMOU:

“O DIREITO DE USO PERTENCENTE AO ASSINANTE, EM VIRTUDE DO CONTRATO DE ADESÃO É REGULAMENTADO PELO PODER PÚBLICO. POSTO QUE ESTE CONTRATO TEM VALOR ECONÔMICO, COMO RECONHECEU O ACÓRDÃO, INCORPORA-SE AO PATRIMÔNIO DO USUÁRIO.” (RTJ 88/969)”.

NA RT 476/89 SUSO CITADA, O EMINENTE RELATOR – DES. ALMEIDA CAMARGO EXPLICITA:

“COM EFEITO, UTILIZANDO O AUTOR DO TELEFONE CONTINUAMENTE, SEM QUALQUER OPOSIÇÃO, COMO SE SEU DONO FOSSE, DURANTE MAIS DE SETE ANOS, ADQUIRE, PELO USUCAPIÃO, OS DIREITOS RELATIVOS AO SEU USO (CF. ART. 619 DO CC.) COMO AO DIREITO DE USO SÃO APLICÁVEIS, NO QUE NÃO FOREM CONTRÁRIOS À SUA NATUREZA, AS DISPOSIÇÕES RELATIVAS AO USUFRUTO (ART. 745 DO CC.) E COMO ESTE SE EXTINGUE PELA PRESCRIÇÃO (ART. 739, VI,

DO CC.), SEGUE-SE QUE O DIREITO DE USO TAMBÉM SE PERDE PELA PRESCRIÇÃO.” (IN, RT 623/187).

NO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA VAMOS ENCONTRAR O MESMO POSICIONAMENTO:

“CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE USO DE LINHA TELEFÔNICA, POR USUCAPIÃO, POSTA EM FACE DE SEU ASSINANTE.” (R. ESP. 243. 410 -2- SP, REL. MIN. DIAS TRINDADE, 3ª T., UNÂNIME, DJU 31.5.93).

ASSIM, NÃO PADECE DÚVICA ACERCA DA VIABILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO, VEZ QUE O QUE SE COGITA IN CASU É DE PRESCRIÇÃO DO USO E NÃO DA PROPRIEDADE, E AQUELE EMERGE COMO DIREITO REAL.

...OMISSIS...”

No mesmo sentido encontra-se a vergustada decisão da Apelação civil de nº 35924, proveniente de São Miguel do Oeste, que teve como relator o Desembargador ALCIDES AGUIAR, publicado no DJ de nº 8863, na data de 09 de novembro de 1993:

“USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO DE COISA MÓVEL – DIREITO DE USO DE LINHA TELEFÔNICA – NATUREZA REAL – VENDA SUCESSIVA DE BEM IMÓVEL COM INCLUSÃO DE TELEFONE NELE INSTALADO – TAXAS DE UTILIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PAGAS PELOS ADQUIRENTES À CONCESSIONÁRIA POR MAIS DE CINCO ANOS – ALEGADO PAGAMENTO DE ALUGUÉIS PELO USO DE TELEFONE NÃO COMPROVADO – TITULAR DOS DIREITOS DE USO JUNTO A TELESC EM LUGAR INCERTO E NÃO SABIDO – DESINTERESSE MANIFESTO E ABANDONO DA COISA – POSSE PRECÁRIA AFASTADA – ACCESSIO POSSESSIONIS –

POSSE CONTÍNUA, SEM INTERRUÇÃO, COM ANIMUS DOMINI - ARTS. 619 E 522 DO CC - AÇÃO IMPROCEDENTE - RECURSO PROVIDO. MINISTÉRIO PÚBLICO - INTERVENÇÃO EMBORA DESNECESSÁRIA - NULIDADE AFASTADA - ART. 84, CPC. CURADOR À LIDE - REVEL CITADO POR EDITAL (ART. 9º, II, CPC) - MUNUS PUBLICO - OBRIGAÇÃO DE CONTESTAR - PRAZO IMPRÓPRIO PARA ESTE FIM - PRECLUSÃO INOCORRENTE - ART. 319, CPC. O DIREITO DE USO DE LINHA TELEFÔNICA, DE NATUREZA REAL, É USUCAPÍVEL EM FACE DO ASSINANTE. A POSSE DE TELEFONE POR MAIS DE CINCO ANOS, EXERCIDA DE FORMA MANSA PACÍFICA E INTERRUPTA, COMO SE DONO FOSSE, CONFERE AO POSSUIDOR A AQUISIÇÃO POR USUCAPIÃO DOS RESPECTIVOS DIREITOS DE USO, INDEPENDENTEMENTE DE TÍTULO E BOA-FÉ, QUE, EM TAL HIPÓTESE, SE PRESUMEM. O PROCESSO SÓ SE TORNA NULO SEM A PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, QUANDO FAZ-SE OBRIGATÓRIA A INTERVENÇÃO DO PARQUET. QUANDO DISPENSÁVEL, JAMAIS ARROSTARÁ A NULIDADE DO PROCESSO. EMBORA COM AS RESTRIÇÕES IMPOSTAS A REPRESENTAÇÃO, AO CURADOR À LIDE, NOMEADO AO REVEL CITADO POR EDITAL, IMPÕE-SE O DEVER DE CONTESTAR A AÇÃO. O PRAZO QUE DISPÕE PARA ESTE FIM É IMPRÓPRIO, DONDE INAFESTÁVEL A PRECLUSÃO. EMBORA REVEL, O CITADO POR EDITAL, NÃO SE LHE APLICAM OS EFEITOS DECORRENTES DA REVELIA.” (grifamos)

Nestas duas decisões judiciais relata-se a situação das linhas telefônicas, abordando o aspecto de que as mesmas são usucapíveis por serem direitos

reais sobre coisas alheias. Inclusive as dúvidas sobre a possibilidade, ou não, do Usucapião recair sobre o bem encontravam-se na condição do direito ser ou não de natureza pessoal.

Uma vez sendo consideradas direito real as linhas telefônicas serão usucapíveis. É exatamente neste ponto que essas decisões adquirem relevância capital para o objetivo do presente estudo. Demonstra-se, com hialina clareza, nos entendimentos judiciais acima apresentados que o caminho natural a ser trilhado pela doutrina é a aceitação da possibilidade de prescrição aquisitiva dos direitos reais sobre coisas alheias, entre eles o Usucapião.

Os exemplos jurisprudenciais, infelizmente, ainda são bastante tímidos, pois não é uma saída jurídica largamente utilizada a defesa do direito real de Usufruto pela via do Usucapião. Porém, o objetivo desta monografia é exatamente a demonstração da possibilidade e importância desta forma de defesa de usufrutuários que, em muitos casos, não merecem, de forma alguma, a perda de um bem com o qual estejam sendo beneficiados com o supracitado direito real de Usufruto.

4.3 Possibilidade de Usucapião de Usufruto.

O presente capítulo buscou uma discussão sobre a questão da possibilidade, ou não, da ocorrência de Usucapião de Usufruto. E uma vez sendo positiva a resposta, como dar-se-ia a prescrição aquisitiva deste direito real.

Estudando os institutos do Usufruto e Usucapião, sempre à luz do mandamento constitucional da Função Social da Propriedade, obtem-se conclusões bem claras.

Primeiramente, está claro o fato de não poder o usufrutuário pleitear, de forma alguma, o direito à propriedade pois falta-lhe o requisito básico da boa-fé. Porém, uma vez que esteja de posse do bem tempo suficiente para ocorrer a

prescrição aquisitiva e, especialmente, dando à coisa uma função social, deve a Justiça reconhecer seu direito à manutenção do Usufruto.

Em tempo, cabe dizer que o Usufruto também se extingue com a prescrição e não há nada mais justo. Ora, uma vez que o usufrutuário permita que o bem esteja em poder de terceiros tempo suficiente para usucapí-lo, está caracterizada a sua desídia e a não existência de função social representada pela coisa. Esse desleixo deve ser punido com a perda do direito real.

No primeiro e segundo capítulos do presente estudo apresentou-se entendimentos doutrinários que corroboram com a idéia defendida na presente monografia. Cabe aqui a citação de mais alguns doutrinadores a respeito do tema, como SILVIO RODRIGUES, (ob. cit., p. 283):

“Planiol (*Traité Élémentaire*, n. 2571) explica que o Código Civil francês em seu art. 579 reduz a duas causas capazes de criar o usufruto, a saber, a lei, e a vontade do homem, na realidade elas são quatro. A vontade do homem pode se manifestar quer sob a forma de contrato, quer sob a forma de testamento; e a prescrição aquisitiva constitui a quarta.

Quanto à prescrição aquisitiva, observa PLANIOL, (ob. cit.2.758) que não deve imaginar o usurpador, que invade um imóvel sem título, se divertiria em usucapir somente o usufruto quando a aquisição, por contrato ou por testamento, apenas do usufruto, se tenha feito através de título emanado de quem não era dono.”

Também, impende citar as palavras de ORLANDO GOMES (ob. cit., p. 344) que sobre o assunto da possibilidade de Usucapião do Usufruto, posiciona-se da seguinte maneira:

“Os princípios relativos à aquisição da propriedade a *non domino* aplicam-se *mutatis mutandis* ao usufruto e, assim, quem, de boa-fé, se torna usufrutuário adquire o usufruto por *usucapião*. Também o adquirirá, sem justo título nem boa-fé, pela *usucapião extraordinária*.”

Através da comparação entre os posicionamentos doutrinários e a inclinação da jurisprudência existe, claramente, possibilidade jurídica de Usucapião de Usufruto. É uma forma de defesa bastante aceitável, inclusive pelo proprietário que apesar de ver o seu bem gravado com este ônus não estará sendo atacado em sua propriedade. Na verdade, ao invés do titular do domínio tornar-se proprietário transformar-se-á, enquanto perdurar o direito real sobre a coisa alheia, em um nu proprietário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Realizou-se, na presente monografia, um estudo sobre a possibilidade de defesa do direito real de Usufruto, através da via do Usucapião. O usufrutuário não tem pretensão quanto ao domínio, mas o mesmo não se pode dizer em relação ao direito real limitado, uma vez presentes todos os requisitos.

Existem casos de pessoas, muitas vezes idosas, que possuem imóveis por anos a fio com Usufruto vitalício, porém não registrado ou, então, com defeito de forma. Ora, a eventual perda do referido imóvel pelo nu proprietário, frente a terceiros, não pode significar, *ipso facto*, a extinção do usufruto.

Porém, esta matéria não é tratada com grande profundidade em nossa doutrina e jurisprudência pátrias.

O estudo do tema apresentou o Usufruto, com seus princípios e conceitos, em uma descrição que, apesar de sucinta, procurou demonstrar a importância e atualidade deste instituto para o direito pátrio. Também, a necessidade de que sejam estudadas novas formas de sua aplicação.

Tratou-se do Usucapião, procurando ressaltar seus requisitos e formas. Aventou-se a hipótese e defendeu-se o cabimento da prescrição aquisitiva aos direitos reais sobre coisas alheias, entre eles o Usufruto.

O tema incluiu, necessariamente, a Função Social da Propriedade, de grande relevância para qualquer estudo que se faça, atualmente, sobre qualquer instituto do direito das coisas. Para que um bem seja protegido pelo Estado, ele deverá estar atendendo às suas finalidades sociais, sendo dever de todos que militam na seara jurídica procurar soluções que atendam aos anseios da sociedade, acima do mero interesse privado e egoístico.

Concluiu-se com uma análise e discussão dos conceitos trabalhados, frente as escassas decisões jurisprudenciais a respeito do tema. Procurou-se defender a possibilidade de Usucapião de Usufruto em nosso direito atual, considerando, por analogia, o que existe no Direito positivo e na jurisprudência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989.

----- *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BRASIL. Constituição (1.824). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal. 1970. 85 p.

----- (1.834). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal. 1972. 89 p.

----- (1.937). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal. 1972. 95 p.

----- (1.988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal. 1995. 200 p.

BRASIL. Leis, Decretos, etc. Lei 3.701, de 1º de Janeiro de 1.916. OLIVEIRA, Juarez de (Org.). *Código Civil*. 45ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.

CRETILLA JÚNIOR, José. *Comentários à constituição brasileira de 1.988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1.988.

FEREIRA, Pinto. *Comentários à constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1994.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. São Paulo: Forense, 1992.

LAUBÉ, Vitor Rolf. *Aspectos do regime constitucional da desapropriação*. Boletim de Direito Municipal. São Paulo: nºII, p. 357 - 70, fevereiro de 1993.

MARTINS, Ives Gandra. *Desapropriação. Inteligência dos arts. 183, 184 e 186 da constituição federal. Dispositivos inconstitucionais da lei complementar nº 76/93 e lei ordinária 8.623/93*. Boletim de Direito Municipal. São Paulo: nº VII, p. 87 - 8, julho de 1994.

MONTEIRO, Washigton de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1994. V. 4 - 6.

PACHECO, J. E. de Carvalho. *Prática de processo e jurisprudência*. Curitiba: Juruá, 1992.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. V. 4 - 6.

PEREIRA, Laffayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: Direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 1995. V. 5 - 7.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Ação Reivindicatória - Posse Justa - Conceito - Usucapião Especial - Requisitos. Ap. Cível nº 51.650. Wendelino e Ervalina Birckeur e Arcelina de Oliveira. Relator NEWTON TRISOTTO. 22 out. Jurisprudência Catarinense, Florianópolis.

-----. Ação Reivindicatória. Ap. Cível nº 35.599. Cícero Galdino da Silva e Joel Antônio Solizo. Relator JOÃO JOSÉ SCAEFFER. 19 nov. Jurisprudência Catarinense. Florianópolis.

----- Usucapião extraordinário de coisa móvel. Ap. Cível nº 35.294. Relator ALCIDES AGUIAR. 07 out. Jurisprudência Catarinense. Florianópolis.

----- Usucapião extraordinário de coisa móvel. Ap. Cível nº 35.924. Newton Moojan Marques e MARTINS Santini Ltda. Relator ALCIDES AGUIAR. 09 nov. Jurisprudência Catarinense. Florianópolis.