

A usucapião de bem imóvel hipotecado

The usucaption of mortgaged property

DOI:10.34117/bjdv8n5-185

Recebimento dos originais: 21/03/2022

Aceitação para publicação: 29/04/2022

David Cardoso Rezende

Bacharel em Direito

Instituição: Faculdade Educacional de Ponta Grossa, UNIAO, Brasil
Endereço: Rua Tibúrcio Pedro Ferreira, 55, Centro, Ponta Grossa- PR
CEP: 84010-090

E-mail: davi20@outlook.com.br

RESUMO

Esta monografia tem como objetivo a verificação da possibilidade de usucapir bem imóvel hipotecado e suas consequências em sentido lato jurídico e econômico na sociedade seja de modo irradiar o bem público e privado das decisões proferidas pelo poder judiciário, para isso serão apreciadas a doutrina e a jurisprudência como vetor para o tema, sendo devidamente observados os aspectos legais, sob o manto da Constituição da República de 1988, Código Civil e Processo Civil. Analisados os seguintes institutos, da usucapião requisitos gerais e específicos quanto a sua aquisição, conceito e sua historicidade, hipoteca de bem imóvel idem, seus reflexos nos Direitos reais e Direito das obrigações. Breve análise de bem dominical frente ao privado sob a ótica da hipoteca, examinando com mais propriedade o Direito Real nestes dois segmentos levantar a problemática do conflito entre o Princípio da Função Social da Propriedade frente ao Direito Econômico, trazendo à baila as consequências de um direito de garantia subsidiária a hipoteca, o terceiro que foi beneficiado pelo instituto da usucapião, o que ficou no prejuízo com um título morto se e que pode ser ressarcido através do dano. E por fim sendo balizado pela jurisprudência e doutrina quanto à posição majoritária e minoritária de entendimento sobre estes assuntos elencados.

Palavras-chave: a usucapião, bem imóvel hipotecado, constituição brasileira 1988, princípio econômico, princípio da função social e da propriedade, historicidade. direito real, direitos e obrigação.

ABSTRACT

This paper aims to verify the possibility of well usucapir mortgaged property and its consequences in legal and economic broad sense in society is so irradiate the public and private good of the decisions made by the judiciary, for it will be appreciated the doctrine and jurisprudence as a vector for the subject, and the legal aspects duly observed under the cloak of the Constitution of the Republic of 1988, Civil and Civil procedure Code. Analyzed the following institutes, the general and specific requirements prescription as its acquisition concept and its historicity, real estate mortgage idem, its impact on real Rights and obligations. Quick analysis and Sunday against the private from the perspective of the mortgage, examining more properly the Real Right in these two segments raise the issue of the conflict between the principle of

the social function of property front of the Economic Law, bringing up the consequences of a right guarantee the mortgage subsidiary, the third that has benefited from the usurpation of the institute, which was at a loss with a dead title is and what can be reimbursed through the damage. And finally it is marked by jurisprudence and doctrine as the majority and minority position of understanding on these matters listed.

Keywords: the adverse possession, the mortgaged property , brazilian 1988, economic principle constitution, principle of social service and property , historicity.real right , rights and obligations.

1 INTRODUÇÃO

Existe no campo do direito civil um instituto chamado usucapião, que em suma significa a aquisição de determinado bem em virtude da posse deste imprescindível lapso temporal. E no direito das obrigações, constituem um misto de direito real (das coisas) e de direito pessoal sendo classificados como obrigação híbrida. Obrigação propter rem e aquela que recai sobre determinada pessoa por força do direito real, existe somente em decorrência da situação jurídica entre a pessoa e a coisa, aparentemente não há qualquer elo entre os dois institutos no sentido de hipoteca, sendo este híbrido no sentido de contrato, ou seja, derivado de garantia real eaquele (usucapião) originário onde se desfaz por completo uma obrigação de pagar, já que o fenômeno da prescrição para um e o inverso para outro.

No primeiro capítulo será feita uma análise minuciosa acerca do instituto da uscapio, sua origem. Nessa apreciação fará um breve relato histórico, requisitos gerais e específicos de cada modalidade, do procedimento judicial da usucapião, sempre que possível correlacionando os dois institutos.

No segundo capítulo, a análise estará voltada ao direito das obrigações especificamente no direito de garantia subsidiária (hipoteca), como se aplica este instituto conforme legislação pertinente, a segurança jurídica afeta dos contratos, o Princípio do Direito Econômico na relação jurídica.

No capítulo III e último os institutos serão fundidos no sentido de usucapir bem hipotecado, com análise doutrinaria e jurisprudencial os efeitos sobre maneira na sociedade que há uma espécie de quimera, de fundo, no centro da discussão o bem público e o privado, de um lado respeitar os princípios que regem a função social da propriedade, e de outro princípio econômico da própria lógica de bem no direito real, ponto crucial para a solução do tema. Tendo como ponto de partida o direito público e o direito privado em uma correlação de causa e efeito no mundo jurídico.

Dessa forma, buscando solida fundamentação teórica se fará um apanhado geral buscando alcançar a conclusão com o devido respaldo no entendimento dos doutrinadores e dos tribunais a respeito da assertiva dominante, lembrando que não há pretensão de esgotar o assunto devido à complexidade que orbita o tema.

2 DA USUCAPIAO

2.1 HISTÓRICO

O instituto da usucapião já era reconhecido como modo aquisitivo do domínio no direito romano, em que o tempo figura como elemento fundamental. A etimologia da palavra indica a função do instituto, que quer dizer: capio significa “tomar” e usu quer dizer “pelo uso”.

Para dar início vamos percorrer a historicidade do instituto a ser trabalhado, primeiramente reconhecendo a influência do direito romano sobre diversas nações entre elas o Brasil, foco de nossa investigação.

Lembrando que por oito séculos onde se alocou tribos primitivas e sem aparente ambição, foi integrada à sua maneira a grande civilização, espalhou pela Europa chegando a Portugal e por consequência da colonização influenciou decisivamente em nosso ordenamento jurídico amoldando-se gradativamente às peculiaridades do povo e da terra colonizada. Importante investigar o momento em que posse e a propriedade passam a ser identificados como objetos distintos, conforme afirmação de Cirne Lima “a história territorial do Brasil começa em Portugal”, onde “vamos encontrar as origens remotas do nosso regime de terras”¹.

Terra nova devida surpresa e malgrado expansão de Portugal e Espanha em terras tupiniquins, apoiados com mão forte da igreja como disse Linhares Lacerda “todos os Reinos da Terra eram sujeitos ao Papa, que tinha sobre eles direito a soberania; os reis e conquistadores procuravam sempre assegurar nas concessões e proteção da Santa Sé a legitimidade de seus domínios”². Encontra-se o primeiro obstáculo a terra tinha dono no sentido natural da coisa, não estava vazia Cabral a batiza, Vera Cruz aqui aportaram encontraram – os índios, tribo dos Tupis se tem maior registro, apesar de vários grupos étnicos encontrados. Exerciam a posse da terra de forma mansa e pacífica, exceto disputas

¹ LIMA, Ruy Cirne. Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas. 5 ed. Goiânia; UFG, 2002, P.13.

² LACERDA, Linhares de. Tratado..., ob. cit., vol. I, p. 27.

tribais, nela praticavam o que talvez se entenda hoje de função social da terra, fundamental para a sua subsistência. Não vamos entrar no mérito das atrocidades para a devida legitimação da terra pelos conquistadores, porém não podemos olvidar desses reflexos na contemporaneidade que é o foco da pesquisa.

No direito civil a usucapião é uma das formas de aquisição de propriedade (art. 530, III, do Código Civil revogado pelo art. 1.238 do novo Código Civil).

2.2 CONCEITO

A palavra usucapião origina-se do latim, *usucapio*, que significa adquirir por prescrição, ou ainda *usucapere*, adquirir pelo uso, pela posse. Vale ressaltar que a palavra aceita as duas variações do artigo que a antecede, seja, no masculino quanto no feminino, admitindo, assim tanto a usucapião, forma utilizada no Código Civil de 1916, quanto a usucapião, utilizada no novo Código.³

Induvidosamente, trata-se de um dos modos originários mais conhecidos de aquisição de propriedade. Já dizia Clóvis Beviláqua, em síntese significativa: Usucapião e a aquisição do domínio pela posse prolongada. A denominação provém de duas palavras latinas: *usu*, que está no caso ablativo, significa ‘pelo uso’, e *capere*, verbo traduzido por ‘tomar’, formando a expressão ‘tomar pelo uso’⁴

Pedro Nunes fornece um conceito prático e objetivo: ‘Meio de adquirir o domínio da coisa pela sua posse continuada durante certo lapso de tempo, com o concurso dos requisitos que a lei estabelece para este fim’.

A usucapião possui duplo caráter, ao mesmo tempo em que o possuidor adquire o domínio da coisa, o proprietário a perde. Assim, usucapião pode ser definida como a aquisição do domínio de bens móveis ou imóveis, ou de outros direitos reais pela posse prolongada.

A natureza jurídica da sentença, que é meramente declaratória, sendo que o fato gerador da propriedade surge no momento em que todos os requisitos estabelecidos são preenchidos e não na prolação da sentença⁵.

A posse mansa e pacífica, com o chamado *animus domini*, ou ânimo de dono, ou seja, a vontade de se assenhorear da coisa. Através dela, transforma-se em domínio

³DE PLÁCIDO e Silva. Vocabulário jurídico. Vol. 4. 11.ed. Rio de Janeiro, 1991, p. 442.

⁴Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, vol.III, ob. Cit., p. 91.

a posse, depois de preenchidos determinados requisitos legais, dentre eles, o principal, o decurso de tempo estabelecido.

No direito brasileiro, temos quatro espécies básicas de usucapião de imóveis. Duas são reguladas unicamente pelo Código Civil de 2002, e se encontravam no Código de 1916: usucapião ordinária e o extraordinário. Uma terceira modalidade tem a origem na usucapião rural especial da Lei n 6.969, de 1981(que, na verdade, ainda subsiste, embora tenha perdido a utilidade), o qual substitui a usucapião pró-labore, permitido pelo art.98 do Estatuto da Terra, embora não o tenha suprimido. E hoje regulado no Código Civil.

A última modalidade veio introduzida pelo art. 183 da CF, que trata da usucapião especial urbano, contemplada no Código atual, e tendo sido regulamentada pela Lei n 10.257, de 10.07.2001, o chamado de Estatuto da Cidade.

Quaisquer bens imóveis podem ser objeto da usucapião, desde que não sejam públicos e se encontrem no comércio. Num sentido amplo, são públicos os bens pertencentes a União, aos Estados e aos Municípios. O art. 98 do Código (art. 65 do Código de 1916) considera públicos os bens de domínio nacional pertencentes as pessoas jurídicas de direito público interno, enquanto os demais são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem. Nesses bens incluem-se os de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças; os de uso especial, assim abrangidos os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive o de suas autarquias; os dominicais, isto é, os que constituem o patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios (pessoas jurídicas de direito público), como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades. Pelo parágrafo único o art. 99 do Código, “no disposto a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes as pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado”

A posse ad usucapionem é aquela que se exerce com intenção de dono – cum animo domini, em caráter exclusivo e sem se sujeitar as ordens de quem quer que seja, difere do animus domini pode ser definido como intenção de ser dono, configurada nos termos do Código Civil, qual seja, o exercício de fato, pleno ou não, de algum dos poderes

⁵Nader, Paulo. Curso de direito civil; v.4: direito das coisas, Rio de Janeiro, 2008, p. 108.

inerentes à propriedade. O art. 1.196 da nova lei civil determina da seguinte forma: “Art. 1.196 Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”.

No que tange a usucapião, como modalidade aquisitiva da prescrição, da qual a extintiva e outra espécie. Não se pode olvidar que em ambos o fator tempo é relevante, sendo que na aquisitiva leva a propriedade, nessa modalidade são relevantes os atos de posse do usucapiente. Já a segunda, extintiva ou liberatória, conduz a perda do direito de ação, entretanto ela não implica na aquisição por parte de outrem.

O fundamento da função social da propriedade abriga a possibilidade de a posse continuada transformar-se em propriedade, aquele que utiliza determinado bem, tendo, para tanto, devidos cuidados de dono é, nas palavras de Silvio Venosa⁶, premiado, em detrimento daquele que deixa escoar o tempo, sem utilizar a coisa ou ainda, sabendo da existência de outro que o faz em seu lugar não se insurge.

Dada a função social da propriedade, o descaso ou negligência do proprietário, a usucapião tem o condão de transformar a situação do fato da posse, suscetível as mais diversas instabilidades, em propriedade, ou seja, situação jurídica definida.

Reflexos claramente percebidos no direito real de garantia no sentido econômico, e não no sentido originário que deu esta posse.

2.3 REQUISITOS GERAIS

Para obter a propriedade por intermédio da usucapião, o interessado deve satisfazer os seguintes requisitos, conforme leciona Paulo Nader⁷, apresentam da seguinte forma:

- a) Requisitos pessoais: Dizem respeito a capacidade do possuidor;
- b) Requisitos reais: Referem-se à coisa e direitos suscetíveis da usucapião;
- c) Requisitos formais: Guardam pertinência com a posse e seus predicados.

Persona habilis (Capacidade da pessoa): pessoa física quanto jurídica são capazes de usucapir, não se distinguindo para este fim, nacionais ou estrangeiros, à vista do disposto do caput do art.5 da CF de 1988. Quanto a capacidade de fato, existe restrição apenas em relação dos absolutamente incapazes, lhe falta o affectiotenendi, a qual deverá ser suprida pelos representantes legais.

⁶Venosa, Sílvio de Salvo. Direito civil: Direitos reais – 3. Ed. São Paulo, p. 192

Res habilis (Capacidade da coisa):art. 102 do Código Civil é expresso “Art. 102 Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião”.

O ônus probatório da afetação do bem público da usucapião deve ser suportado pelo Estado e não pelo particular, usucapiente.

Possessio (Posse): a posse é condição sine qua non para pleitear a propriedade de um bem ad usucapionem, ou seja, sem a posse prévia da coisa usucapienda, impossível falar em aquisição por usucapião.

Tempus(Período):considera-se o elemento tempo sempre associado à posse, uma vez que é a soma de ambos que resultará no preenchimento de requisito para aquisição da propriedade.

2.4 REQUISITOS ESPECÍFICOS

Diferenciação de suas particularidades cada qual possui suas especificidades, contudo todos devem obedecer aos requisitos formais, pessoais e reais. Os prazos para aquisição de bens ad usucapionem foram reduzidos no novo código, os prazos anteriormente eram de 30 anos, como era o caso da usucapião extraordinária código de 1916, veio introduzido pela lei n 2.437, de 07.03.1955 prazo de vinte anos, atualmente tem o prazo fixado em 15 anos, podendo ser reduzido para 10 anos.

Dessa forma, os tipos de usucapião admitidos no direito brasileiro são: ordinário, extraordinário, especial, coletiva urbana, e indígena.

2.4.1 Usucapião Ordinário

Esta prescrita no artigo 1.242 da lei n 10.406, de 10 de Janeiro de 2002 do Código Civil, essa modalidade apresenta duas subespécies, uma que se perfaz em dez anos de posse e a outra, em cinco anos esta é uma situação especial prevista no parágrafo único do art. 1.242 do Código Civil: quando, adquirido o imóvel com a transcrição do título, embora totalmente pago o preço ou operada a compra onerosamente, nele residindo o possuidor, ou desenvolvendo atividade de interesse econômico.

É pertinente saber que antes dos cinco anos se resolveria em devolução do capital com ação específica já que os direitos pessoais, de família ou de crédito, não são contemplados como usucapíveis pela generalidade das legislações⁸. Resolve-se no direito

⁷Nader, Paulo. Curso de direito civil; v.4: direito das coisas, Rio de Janeiro, 2008, p. 110.

obrigacional de dar, fazer ou não fazer e elencados os vícios do negócio, porém a própria desídia do proprietário original no decorrer do prazo, e consubstanciado os requisitos da usucapião se resolve através do título que até outrora não teria validade alguma.

Já o ordinário propriamente dito art.1.242 do Código Civil em vigor, reza:” Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, continua e incontestadamente, com justo título e boa – fé, o possuir por 10(dez)anos” A primeira, definida no caput do art. 1.242 do Código Civil, exige, além do preenchimento dos requisitos comuns, justo título e boa-fé – selo que distingue, basicamente, a usucapião ordinária da extraordinária. Nessa o prazo é maior justamente porque se dispensam os dois requisitos. Como já definindo, justo título é o fato jurídico ou a razão jurídica que justifica a posse em poder do usucapiente. Pode configurar-se por um ato de compra, permuta, doação, entre outros. Determinadas razões conduzem à ineficácia do negócio jurídico, não obstante o justo título:

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

Orlando Gomes indica três causas impeditivas da eficácia:⁹

- a) o possuidor firma contrato para aquisição do imóvel com nondomínio, ou seja, com pessoa não-proprietária;
- b) o negócio é feito com o domínio, mas este não estava habilitado para alienar a coisa;
- c) incidência do vício de erro no ato negocial.

Acerca da boa-fé o STJ decidiu da seguinte forma:

"CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. ALEGAÇÃO DE USUCAPIÃO. INSTRUMENTO PARTICULAR DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. JUSTO TÍTULO. SÚMULA N. 84-STJ. POSSE. SOMA. PERÍODO NECESSÁRIO À RESCRIÇÃO AQUISITIVA ATINGIDO. I. Ainda que não passível de registro, jurisprudência do STJ reconhece como justo título hábil a demonstrar a posse o instrumento particular de compromisso de compra e venda. Aplicação da orientação preconizada na Súmula n. 84. II. Se somadas as posses da vendedora com a dos adquirentes e atuais possuidores é atingido lapso superior a necessário à prescrição aquisitiva do imóvel, improcede a ação reivindicatória do proprietário ajuizada tardiamente. III. Recurso especial conhecido e provido."

⁸RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Coisas: Lei n 10.406, de 10.01.2002, - 3. Ed. Rio de Janeiro, p.274.

No tocante à boa-fé, ela é em sentido subjetivo, como a crença do usucapiente de que o imóvel lhe pertencia de pleno direito, desconhecendo então o vício impregnado no domínio. Assim, tem-se como boa-fé a sincera inocência do adquirente, seja por ignorar que a coisa era alheia, seja por acreditar que a pessoa que lhe vendeu possuía poderes para o devido firmamento da obrigação.

2.4.2 Usucapião Extraordinária

Essa modalidade de aquisição ad usucapionem, o novo Código determinou no art. 1.238, dois prazos distintos. Em relação à antiga lei civil houve diminuição no prazo, que era de vinte anos, não se distinguindo, agora, entre proprietário presente e ausente.

Art. 1.238 Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé, podendo requer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis. Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

2.4.3 Usucapião Pro Labore

O legislador pautou-se precipuamente na função social da posse e no sentido de justiça social. Este tipo de usucapião está previsto no texto constitucional de 1988, art.191 o Código de 2002 limitou em reproduzi-lo:

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

2.4.4 Usucapião Indígena

Tal modalidade especial de usucapião acha-se regida pela Lei nº. 6.001/73 que, em seu artigo 33, estabelece: “O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena”. Caso o indígena esteja reintegrado à comunhão nacional ou tenha êxito em sua solicitação da liberação da tutela, poderá diretamente propor a ação de usucapião, ou, então, deverá fazê-lo com a assistência da FUNAI. Deve o índio possuir a área rural, inferior a 50 hectares, como sua, por um período de 10 anos consecutivos.

⁹Gomes, Orlando. *Direitos Reais*, 19ª ed., atualizada por Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004.

2.4.5 Usucapião Habitacional

O Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2000) ao regulamentar o art.182 e 183 da Constituição Federal, estabeleceu as diretrizes gerais da política urbana, instrumento legislativo importante voltado para uma das questões sociais mais caras da vida moderna, qual seja, a vida nas cidades.

Entre os instrumentos previstos na referida lei para a implementação da Política Urbana, está a usucapião especial de imóvel urbano, seja na sua forma individual ou coletiva, disciplinando-o nos artigos 9º a 13º da Lei 10.257/2000.

Não esqueçamos de uma nova modalidade de usucapião implementada pela lei nº 12.424/2011 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da inclusão do artigo 1.240-A no Código Civil, a usucapião especial urbana por abandono do lar conjugal, que reduz o tempo para usucapir e modifica de certa forma os critérios objetivos e subjetivos. O instituto, apelidado pelo Senado de usucapião pró-família, começou a vigorar com a seguinte redação:

Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade é devida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

A redução do prazo para exíguos dois anos foi a principal novidade trazida pelo instituto, estabelecendo-o como a modalidade com menor prazo previsto entre todas as modalidades de usucapião, superando até o diminuto prazo da usucapião de bens móveis, correspondente a três anos.

No que tange do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16.3.2015), sancionado em 16.3.2015, introduz na ordem jurídica brasileira, de forma opcional ao jurisdicionado, o instituto da usucapião extrajudicial, processada perante o registro de imóveis, como forma de desjudicialização de procedimentos que ganhou ênfase a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual ficou conhecida como emenda da reforma do judiciário, uma modificação expressiva para celeridade quando não havendo litígio.

Retornando a usucapião coletiva tem fundamento nos artigos 182 e 183 da Constituição Federal. Contudo, foi apenas o Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2000, que efetivamente criou essa espécie de usucapião. Trata-se de uma inovação, dita por toda a doutrina, como notável, marcante e revolucionária.

A finalidade da usucapião coletiva, é tornar possível não apenas a regularização fundiária das favelas urbanas brasileiras, mas também a sua urbanização.

O legislador pretendeu quando da criação da usucapião coletivo foi disponibilizar um instrumento que permitisse a regularização fundiária e a urbanização de toda a área de uma só vez, ou seja, viu o núcleo habitacional desorganizado como uma unidade, uma universalidade de fato, talvez chancelar a própria incompetência diante a ingerência de planos habitacionais que deveriam ter sido colocados em pauta de planejamento urbanístico, seja da União quanto seus Estados e Municípios todos com uma parcela de leniência.

Da propriedade em geral Art. 1.228 do parágrafo quarto do Código Civil 2002, chama atenção na sua forma de indenização onde o proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. Percebe que tem uma roupagem de Ação Petitiória, no sentido que o proprietário reivindica a propriedade em que considerável número de pessoas ocuparam e nela permanecem se obedecidos os requisitos para aquisição da propriedade, há uma espécie de usucapião indenizável.

A concessão de áreas com o objetivo de servirem à construção de moradias a pessoas sem poder aquisitivo constitui encargo do Poder Público, que dispõe, para tanto, do instituto da desapropriação. Não é justo, na verdade, negar o direito à retomada das terras, sob pena de criar um verdadeiro confisco de bens particulares, fazendo recair a responsabilidade pelos problemas sociais somente em uma ou outra pessoa. O ônus da entrega de terras para a população desprovida de recursos erguerem suas habitações não devem ser suportados por particulares, e sim pelo Estado, para qual todos contribuem com impostos, objetivando a realização do bem comum.

O problema a ser analisado é que há relação obrigacional de indenizar na ótica que o particular não pode suportar tal encargo descaracteriza o instituto da usucapião, que existindo a obrigação de dar, conformeo parágrafo quarto e quinto existe um direito híbrido donde de um lado indenizar, e de outro ad usucapionem, onde de modo geral, os problemas econômicos enfrentados pelas camadas sociais mais pobres são a razão das invasões.

Há uma verdadeira impossibilidade material na aquisição de moradia digna motivo da própria relevância de dar uma devida destinação conforme o princípio da função social da propriedade frente a outro direito indispensável que é o da propriedade privada, tema que será estudado juntamente com a hipoteca para trazer a baila quanto a complexidade destes dois institutos em relação a saber originária e derivada.

2.5 AÇÕES DA USUCAPIÃO

A doutrina discute acerca da natureza jurídica da sentença da ação de usucapião, sendo que alguns afirmam ser constitutiva, enquanto outros afirmam ser meramente declaratória.

O possuidor com posse ad usucapionem pode, assim, ajuizar ação declaratória, regulada pelos arts. 941 e 945 do Código de Processo Civil, sob o título “ação de usucapião de terras particulares”, no foro da situação do imóvel, que será clara e precisamente individuado na inicial, uma vez que é reivindicado o domínio sobre determinado imóvel. Deve o autor, além de expor o fundamento do pedido, juntar planta da área usucapienda (CPC, art. 942). A planta pode ser substituída por croqui se há nos autos elementos suficientes para a identificação do imóvel, como sua descrição, área e confrontações.

Na ação de usucapião devem, necessariamente, ser ouvidos, aqueles em cujo nome estiver registrado o bem, ou na falta de registro, deverá ser juntada certidão negativa que comprove sua inexistência e os vizinhos mais próximos do imóvel, que nessa ação possuem grande força probatória. Qualquer desses, bem como eventuais interessados, que se encontrarem em lugar incerto e não sabido deverão ser citados por edital.

Indispensável a intimação, por via postal, do representante da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Município.

Art. 10 do Código de Processo Civil, tem-se que: “art. 10 O cônjuge somente necessitará do consentimento do outro para propor ações que versem sobre direitos reais imobiliários.”

Na usucapião de herança jacente, a presença do parquet é de extrema relevância, uma vez que em ambos os procedimentos a sua ausência gera causa de nulidade.

3 HIPOTECA

A hipoteca é o direito real de garantia em virtude do qual um bem imóvel, que continua em poder do devedor, assegura ao credor, precipuamente, o pagamento de uma dívida. Para o credor é direito provido de sequela e preferência. Para o devedor, ônus real.

O Código Pátrio deixa bem específico o objeto a ser hipotecado leia-se:

Artigo 1.473, do Código Civil, que "podem ser objeto de hipoteca: I - os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles; II - o domínio direto; III - o domínio útil; IV - as estradas de ferro; V - os recursos naturais a que se refere o art. 1.230, independentemente do solo onde se acham; VI - osnavios; VII - as aeronaves; VIII - o direito de uso especial para fins de moradia; IX - o direito real de uso; X - a propriedade superficiária".

O sujeito ativo da obrigação garantida por hipoteca chama-se credor hipotecário. Quem dá o bem em garantia do pagamento da dívida figura, na relação jurídica real, com o nome de hipotecante. Tal como os outros direitos reais de garantia, a hipoteca e direito acessório indivisível.

Destinado a garantir o pagamento de uma dívida, o direito real de hipoteca, em nosso sistema jurídico, tem sua existência condicionada e sua sorte ligada a um direito de crédito. A chamada hipoteca abstrata, que existe sobre si, constituindo-se independente de um crédito, e desconhecida entre nós. A principal consequência do caráter acessório da hipoteca e que desaparece ao mesmo tempo que o direito principal a que acede, quando este se extingue, e anulado ou resolvido.

Para assegurar plena e eficazmente o pagamento da dívida, a hipoteca e considerada indivisível. Significa a indivisibilidade que o ônus real grava a coisa na sua totalidade e em todas as suas partes, pouco importando que seja dividida ou que a dívida seja amortizada. Assim, o devedor que tenha pago parte da dívida não obtêm redução proporcional da garantia hipotecaria; o bem hipotecado continua a garantir o pagamento do saldo sem qualquer diminuição, tal como gravado ao se constituir a relação.

A hipoteca é direito real de garantia. Em princípio, somente os bens imóveis, corpóreos ou incorpóreos, podem constituir garantia hipotecaria. O caráter imobiliário da hipoteca não e, todavia, de sua essência. Admite-se hipoteca de certos bens móveis, como aeronaves. Outras legislações permitem que recaia em automóveis. Porque direito imobiliário, que contém a faculdade potencial de vendada coisa gravada, a constituição, a cessão e a renúncia da hipoteca requerem a capacidade própria para alienação dos bens imóveis.

Existe a distinção entre a hipoteca e os outros direitos reais de garantia porque não desapoessa o devedor do bem dado em garantia. Daí sua superioridade econômica e técnica. Enquanto no penhor, com as exceções registradas, o devedor é obrigado a entregar ao credor o bem que oferece em garantia, na hipoteca conserva-o em seu poder, continuando a fruir todas as utilidades.

A garantia não pode ser frustrada porque contrai a obrigação de lhe não diminuir o valor. Por outro lado, tem o credor o direito de seqüela. Trata-se, portanto, de mecanismo aperfeiçoado do direito real de garantia, no qual se elimina a posse do credor, que a peça principal do penhor.

A finalidade da hipoteca é atingida pelo direito do credor de penhorar o bem gravado, seja quem for seu detentor por qualquer título, e promover sua venda judicial, para se pagar, com preferência sobre outros credores.

O regime hipotecário moderno se assenta em dois grandes princípios, o da especialização e publicidade. Esses princípios tem por fim, como esclarecem De Page e Dekkers¹⁰, completar a evolução do direito hipotecário no que concerne à segurança do comércio imobiliário e à situação dos terceiros.

O princípio da especialização, no negócio jurídico constitutivo da hipoteca, deve ser fixado o total da dívida e especificada a coisa dada em garantia. Com tais exigências, tornam-se impossíveis a hipoteca geral e a hipoteca ilimitada. O direito do credor hipotecário há de recair, necessariamente, em determinados imóveis, ou num só, não podendo incidir indiscriminadamente em todos os bens do devedor.

O princípio da publicidade consiste na exigência de inscrição da hipoteca no registro imobiliário. O título constitutivo do direito real deve ser levado ao oficial competente para que inscreva no livro próprio as disposições que os terceiros devem conhecer, em virtude dessa inscrição, o ônus torna-se público.

O registro público da hipoteca permite que se estabeleça entre vários credores hipotecários a prioridade, e preserva de surpresas o terceiro que adquirir o imóvel gravado. Pela inscrição, o credor que primeiro registrar a hipoteca retém o direito de executar o imóvel antes dos outros. Os credores sucessivos não podem promover a venda judicial do bem antes de vencida a primeira hipoteca, salvo o caso de insolvência do devedor. Quanto ao terceiro que queira adquirir o imóvel, precisa saber se esta hipotecado, visto que o ônus, sendo real, tem o credor seqüela.

¹⁰*Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, t. 7, p. 337.

A inscrição da hipoteca destina-se a completar a constituição do direito real. Nada acrescenta à substancia. Assim, não empresta validade ao contrato constitutivo nulo ou anulável.

O direito real de hipoteca constituído mediante contrato requer, no devedor, a capacidade de alienar. De fato, só quem pode alienar poderá hipotecar, visto que, não paga a dívida, o imóvel será judicialmente vendido.

Porque a hipoteca e direito real imobiliário, a pessoa casada não pode hipotecarem o consentimento do cônjuge.

Conquanto se exija do devedor hipotecante o poder de dispor da coisa, admite-se que pessoas incapazes possam hipotecar. Em se tratando de menores, o representante legal, mediante prévia autorização do juiz, pode constituir hipoteca, uma vez que o bem sela alienável.¹¹

Os curatelados também tem esse direito, exercitável por intermédio de seus curadores, uma vez que estes, devidamente autorizados, podem vender os bens daqueles.

Embora o direito de hipotecar só seja exercitável pelas pessoas que podem alienar, quem possuía a coisa a título de proprietário, sem o ser, e a hipotecou, terá revalidado a hipoteca, se adquirir posteriormente. Em suma, o domínio superveniente convalida a garantia real desde a transcrição.

3.1 HISTÓRICO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Antes vigorava a lei do mais forte em sentido estrito, e, assim, a força física era fator determinante nas relações do homem em estado de natureza tribal. Com o processo evolutivo latente do homem, surge a hierarquização do poder. O homem sente a necessidade de controlar tudo que está a sua volta, quer em relação às ciências, quer em relação ao próprio homem; e, quando não consegue controlar, sente-se ameaçado¹².

A relação entre os homens evoluiu nascendo o direito e obrigações nele trazendo formas mais adequadas para dirimir conflitos seja social quanto econômico, portanto, o ramo do direito das obrigações é aquele que vem reger as relações obrigacionais entre os indivíduos.

A palavra obrigação possui vários significados de acordo com o contexto em que

¹² COSTA, Elder Lisbôa Ferreira. História do direito: de Roma à história do povo hebreu muçulmano: a evoluçãodo direito antigo à compreensão do pensamento jurídico contemporânea. Belém: Unama, 2007.

é empregado, façamos a devida distinção quando usada como dever jurídico ou não jurídico. Assim, é dever não jurídico digamos de costume agradecer a um favor ou cumprimentar aos presentes no momento da chegada; se for um religioso, tem o dever de comparecer ao culto; o aluno tem o dever de se esforçar nos estudos, etc. Já os deveres jurídicos são aqueles que nos obrigam a certa prestação pactuada, como no caso de pagar uma mercadoria que se compra na data e no valor acordado com o credor.

Os direitos das obrigações são o conjunto de normas e princípios jurídicos que visam regular as relações patrimoniais entre sujeito ativo e sujeito passivo. A sujeito passivo é legalmente imputado o dever de cumprir, uma prestação de dar, fazer ou não fazer.

A obrigação pertence à categoria das relações jurídicas de natureza pessoal, na sua definição o lado passivo, que se designa pelo termo obrigação ou, mais à justa, dívida, o lado ativo, chama-se crédito. O acento pode recair tanto no direito como no dever. Em consequência, a parte do Direito Civil que se ocupa dessa relação jurídica, conhecida tradicionalmente como Direito das Obrigações, também admite a denominação de Direitos de Crédito¹³.

Obrigação é um vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra. Tomada no sentido literal e restrito de pagar uma coisa, não abrange todas as espécies de obrigação; na acepção ampla de prestação, compreende todos os deveres jurídicos. Admite-se, no entanto, que a expressão se refere a todas as prestações patrimoniais.

A afirmação de que a obrigação constitui um vínculo jurídico não é redundante, para a devida distinção de outras relações que não configuram sujeição ao direito como, v.g., os deveres puramente morais.

Elemento decisivo do conceito é a prestação. Para constituir uma relação obrigacional uma das partes tem de se comprometer em dar, fazer ou não fazer, isto é, a transferir a propriedade de um bem ou outro direito real, a praticar abster-se de qualquer ato ou a entregar alguma coisa sem constituir direito real. Necessário, finalmente, que a prestação satisfaça o interesse do titular do direito de crédito, porque o vínculo se estabelece estritamente para esse fim.

¹³ Gomes, Orlando, *Direito das Obrigações*, 15ª ed., atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005, p.15

A relação obrigacional apresenta em face a relação ativa, o credor aquele que tem o direito de crédito, a pretensão deste titular, dirigida à outra parte, consiste no poder de exigir a ação ou omissão prometidas, e tende a satisfação, extingue quando satisfeita a prestação.

O fim do direito de crédito, caracterizado nesse interesse privado do titular, é a nota que permite fazer a distinção de certas faculdades nascidas, de outras relações jurídicas de natureza pessoal, muito semelhante, mas disciplinadas em outras partes do Direito Civil, notadamente o Direito de Família.

Quanto ao objeto do direito de crédito e a prestação, isto é, a ação ou omissão da parte vinculada, mas, por abreviação, diz que a coisa a ser entregue ou o fato a ser prestado constituem-se.

Quanto ao conteúdo compreende o poder de exigir, do credor, e a necessidade jurídica de satisfazer, do devedor.

Obrigação, no mais amplo sentido da palavra é sinônimo de dever. Tecnicamente, obrigação é espécie do gênero dever, reservando-se o termo para designar o dever correlato a um direito de crédito.

Relação obrigacional, na moderna dogmática, ao decompor percebe que o direito de crédito tem como fim imediato uma prestação, e remoto, a sujeição do patrimônio do devedor. Colocado esta dupla finalidade sucessiva pelo lado passivo percebe o dever de prestação, a ser cumprido espontaneamente, da sujeição do devedor, na ordem patrimonial, ao poder coativo do credor. Sob esta ótica o dever de prestação corresponde ao débito, à sujeição, a responsabilidade.

Conforme a teoria dualista o *Debitum* dever de prestação e *Obligatio* dever de sujeição, aquele o dever de prestação, certas obrigações só tem o *debitum*, v.g., Dívida de jogo não é cobrável. Haveria somente a obrigação de pagar mas não há crédito a ser pago. Tem “*debitum*” mas não tem “*obligatio*”, já este a *obligatio* contém não apenas o dever de prestação, mas também a sujeição do patrimônio do devedor, ou de outrem, ao pagamento da dívida. O direito de crédito valeria pouco ao seu titular se não lhe fossem assegurados meios coercitivos para exigir o cumprimento da obrigação.

Sem *obligatio*, a relação obrigacional não se torna perfeita. Certas obrigações só tem a *obligatio*, v.g., O avalista e o fiador necessários quando avocados em uma relação contratual.

Quanto a seu vínculo divide-se moralé a que, fundada no vinculum solius aequitatis, sem obligatio, constitui mero dever de consciência, sendo cumprida apenas por questão de princípios; logo, sua execução é mera liberalidade portanto, é impossível constranger o devedor a cumprir a obrigação.

A civilé a que, fundada no vinculum júris, sujeita o devedor à realização de uma prestação + ou - no interesse do credor, estabelecendo um liame entre os 2 sujeitos, abrangendo o dever da pessoa obrigada (debitum) e sua responsabilidade em caso de inadimplemento (obligatio), possibilitando ao credor recorrer à intervenção estatal para obter a prestação, tendo como garantia o patrimônio do devedor.

E por fim a naturalé aquela em que o credor não pode exigir do devedor uma certa prestação, embora em caso de seu adimplemento, espontâneo ou voluntário, possa retê-la a título de pagamento e não de liberalidade.

Quanto a estruturação da obrigação, se faz pelo vínculo entre dois sujeitos, para quem satisfaça, em proveito do outro.

Quanto aos sujeitos a relação jurídica obrigacional constitui-se pelo vínculo jurídico entre as partes contrapostas.

Quanto ao objeto enquanto os direitos reais tem como objeto uma coisa, os direitos obrigacionais visam a pratica de determinada ação ou omissão do sujeito passivo¹⁴.

Quanto ao conteúdo da obrigação define-se em debito e crédito. É o poder do credor exigir a prestação e anecessidade jurídica do devedor de cumpri-la.

Fato jurídico é um pressuposto qualificado pela lei como hábil à produção de efeitos. Entre os homens, tratavam-se relações sociais, diretas e indiretas, que se compõem de um fato um vínculo.

Garantia a relação obrigacional realiza-se normalmente com a produção de efeitos próprios, em consequência do cumprimento voluntario do dever de prestar que gera. Mas o direito de credito pode não encontrar satisfação na conduta do devedor. Nesta hipótese, a ordem jurídica lhe confere o direito de acionar o devedor, para obter coativamente, a realização do credito. Este direito integra a relação obrigacional, embora seu exercício seja eventual.

¹⁴ Gomes, Orlando, Direito das Obrigações, 15ª ed., atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005, p.23.

Da obrigação propriamente dita faz a distinção de deveres, embora tenha o mesmo perfil, caracteriza pela extrapatrimonialidade da prestação. Resultam de vínculos familiares. Conquanto sejam jurídicos, não se confundem com as obrigações, de conteúdo patrimonial. São normas inaplicáveis a estas. Para evitar confusão o vocábulo obrigação significa o dever de prestação correspondente a um crédito.

Obrigação e ônus jurídico, não devem ser confundidos porque a obrigação consiste na imposição do sacrifício de um interesse próprio em proveito de um interesse alheio, enquanto no ônus, o sacrifício do interesse próprio é imposto em relação a outro interesse próprio.

Há obrigações que nascem de um direito real do devedor sobre determinada coisa, a que aderem, acompanhando-o em suas mutações subjetivas. São conhecidas obrigações *in rem*, *ob*, ou *propter rem*, em terminologia mais precisa, mas também conhecidas como obrigações reais ou mistas.

O interessante é sua característica de transmissibilidade automática. Consideradas desde sua origem, provêm da existência de um direito real, impondo-se a seu titular, essa ligação jamais se rompe. Se o direito de que se origina é transmitido, a obrigação o segue, seja qual for o título translativo.

Não há necessidade de intenção específica do transmitente, já por sua vez, o adquirente do direito real não pode recusar-se a assumi-la. A ideia vai ser mais amplamente discutida no capítulo da *propter rem*.

3.2 CONCEITO

A obrigação no Direito Romano, era vínculo estritamente pessoal. Não se permitia a transferência a terceiro do crédito ou a dívida, no Direito moderno, perde esse cunho de pessoalidade, passando a constituir muita mais uma relação entre patrimônios do que entre pessoas determinadas, no sentido de crédito e a dívida são francamente transmissíveis, a obrigação passou a ser um valor desse modo credor e devedor são simples representantes jurídicos de seus bens.

Podem ser substituídos sem que o crédito ou a dívida se extingam, facilitando a circulação. O conceito de obrigação tem dividido os civilistas, duas correntes principais, pessoalistas e patrimonialistas.

A corrente pessoalista de Savigny, para ele a obrigação como um poder real do credor sobre o ato que deve ser praticado pelo devedor. Tudo se passaria como se fosse proprietário a exercer seu direito sobre o ato. Objetam seus opositores que esse ato – a

prestação do devedor – é um comportamento inseparável a sua pessoa, inconvertível em coisa para se tornar objeto de seu domínio. Os patrimonialistas, por sua vez, na posição mais radical, que a obrigação é uma relação entre dois patrimônios, esquecidos, como advertiu Plainol, de uma relação pessoal pressupõe necessariamente dois sujeitos. Patrimônio é coisa entre coisas não se forma relação jurídica.

A fragilidade dessas construções reconduz a doutrina moderna ao conceito clássico de obrigação como vínculo pessoal, que tem como objeto uma ação, ou omissão, do devedor, não o desacreditando o fenômeno de sua despersonalização, por serem indispensáveis os sujeitos, originários ou não.

Releva notar, por fim, que a função de cada obrigação, sendo de satisfazer o interesse do credor, não se integra, no entanto, na estrutura da relação obrigacional, embora influa no regime a que está subordinada, especialmente em relação a sua causa. Tanto assim que, se o interesse do credor deixar de existir, a obrigação extingui-se, evidente sendo que não se trata de interesse subjetivo.

A noção de atribuição patrimonial, de procedência germânica, indica segundo Nicolau, o resultado típico de uma atividade negocial que consiste em produzir a favor de alguém uma vantagem, um enriquecimento, ou um incremento no seu patrimônio, seja na aquisição de um direito, a liberação de uma dívida ou de uma responsabilidade, a remoção de um gravame.

Chama-se atributivos os contratos que produzem tais modificações patrimoniais. A noção de atribuição patrimonial interessa ao Direito das Obrigações para o exame da justificação causal do cumprimento da obrigação. A causa da atribuição pode ser, solvendi, donandi, credenti. Conquanto não seja elemento intrínseco do negócio atributivo, a causa serve para identificá-lo e para justificar a atribuição.

A obrigação é uma relação jurídica. Como tal a sua fonte há de ser a lei. Em última análise, é o Direito que empresta significação jurídica a relações de caráter pessoal patrimonial que os homens travam na sua vida social.

Quanto a sua divisão em negócios jurídicos e atos jurídicos não negociais, na primeira categoria estão os contratos, os negócios unilaterais, as promessas unilaterais e os atos coletivos. Na segunda, os atos jurídicos stricto sensu, os atos ilícitos, abuso de direito, acontecimentos naturais, fatos materiais, e situações especiais que por sua natureza se qualificam como fatos constitutivos de obrigações.

3.3 PROPTER REM OU OBRIGAÇÃO REAL

Direito das obrigações é a manifestação de vontade, por isso é direito pessoal. Mas a obrigação propter rem, expressão latina “em razão de” não decorre da manifestação de vontade do devedor, por isso seu caráter polêmico. O devedor fica obrigado a determinada prestação em razão de ser titular de um direito sobre uma coisa e não por conta de sua manifestação de vontade (expressa ou tácita). O que o faz devedor é o fato de ser titular de determinado direito, tanto é que ele se libera da obrigação se renunciar a esse direito. A obrigação não prende o devedor pessoalmente, mas apenas em virtude de sua condição de titular do domínio e enquanto essa se mantiver. O vínculo é pessoal e não relacional o qual pressupõe necessariamente dois sujeitos.

A obrigação propter rem é *ambulat cum dominio*, isto é, se transfere com o domínio sobre o bem real, independentemente de qualquer convenção entre as partes, neste sentido afasta-se do direito obrigacional a vontade é suprimida. No Direito das Obrigações há um vínculo vertical entre dois particulares já no Direito das Coisas há uma subordinação da coisa frente ao agente no sentido de horizontalidade, percebe-se que propter rem é um misto, porém estão no mesmo patamar só que em planos diferentes fenomenologicamente, situados digamos numa zona intermediária

A obrigação real ou propter rem ou ob rem, é a obrigação decorrente do domínio/posse de um bem. As obrigações reais são aquelas que derivam da vinculação de alguém com certos bens, sobre os quais incidem ônus reais (imposto imobiliário, seguro obrigatório, foro), bem como deveres decorrentes da necessidade de manter a coisa (despesas de condomínio, conservação de divisa, servidão de passagem), essas obrigações propter rem recaem sobre o titular do bem, identificando-se o titular da coisa, descobre-se quem é o devedor.

Não confundir a “obrigação propter rem” com a “obrigação com eficácia real”, que traduz, simplesmente, uma obrigação com oponibilidade erga omnes, ou seja, oponível a qualquer pessoa. É o caso da anotação da obrigação locatícia (contrato de locação) levada ao Registro de Imóveis (art. 8º da Lei do Inquilinato): neste caso, mesmo com a alienação do imóvel a obrigação em face do locatário deverá ser respeitada por qualquer eventual adquirente. Trata-se de uma obrigação com eficácia real¹⁵.

¹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: volume 1: Cap.01. ed., rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

4 POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAL

Primeiramente colocaremos uma ação de usucapião de bem imóvel urbano que houve o transito em julgado no poder judiciário do Rio de Janeiro na quinta Câmara Cível **Apelação Cível nº 0050537-32.2010.8.19.0038** onde esse bem seria objeto de hipoteca onde há uma certa confusão entre os credores que mais tarde foi sanada, envolve uma roupagem de empresa pública a credora verificou-se que tratava-se de economia mista, o devedor teria comprado o imóvel sob o regime de financiamento contratado pelo Banerj, este teria subsidiado em tese pela SFH porém a devedora ficou inadimplente perdeu o bem que foi hipotecado porem não executou em tempo hábil, o qual retornou para a devedora a qual arguiu o usucapião, o julgado o acordão:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE IMISSÃO NA POSSE. IMÓVEL OBJETO DE GARANTIA HIPOTECÁRIA, POSTERIORMENTE ADJUDICADO PELO CREDOR HIPOTECÁRIO. USUCAPIÃO ESPECIAL URBANO ALEGADO EM CONTESTAÇÃO. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. 1) O imóvel de propriedade de sociedade de economia mista não tem natureza de bem público e, por isso, pode ser usucapido. 2) A partir da arrematação do imóvel pelo credor hipotecário, a posseoriginária decorrente de contrato de promessa de compra e venda sofre alteração em sua causa, transmudando-se de precária para própria, dando início a uma nova relação possessória, o que torna possível o transcurso do lapso prescricional em favor do possuidor. 3) No caso, a ré, exmutuária inadimplente, ocupa o imóvel que comprara, sem qualquer oposição, por mais de cinco anos, entre a data do registro da carta de arrematação pelo credor hipotecário e a sua notificação para desocupação do bem, estando, assim, presente o requisito temporal previsto na norma do artigo 183 da Constituição Federal. 4) Verifica-se, além disso, que o imóvel possui área que não excede 250m² e que inexistem nos autos prova de que a ré seja proprietária de outro imóvel, estando, assim, presentes os demais requisitos exigidos para a caracterização da usucapião especial urbana, na forma dos artigos 183 da Constituição Federal c/c art. 9º da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade). 5) Modalidade de usucapião que prescinde de justo título e boa-fé. 6) Em que pese o pagamento do IPTU seja indício eloquente da presença do animus domini, não é requisito indispensável para o seu reconhecimento, motivo pelo qual a inadimplência da ré em relação a este tributo não obsta ao reconhecimento do direito à aquisição. 7) Recurso ao qual se nega provimento.

A C O R D A M os Desembargadores que integram a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Cuida na origem de demanda proposta pelo Banco BANERJ S.A.com o objetivo de imitir-se na posse de imóvel adjudicado, na qual foi alegada usucapião em defesa, a qual, por seu turno, foi acolhida pela sentença ora combatida. De início, rechaça-se a alegação de que o imóvel, por ter sido financiado com recurso do SFH, seria bem público, pois o autor possui natureza de sociedade de economia mista com

personalidade jurídica de direito privado, nos termos do artigo 173, II, da CF, motivo pelo qual seus bens não podem ser considerados como tal.

A credora entrou com uma apelação Cível nº 0050537-32.2010.8.19.0038 onde houve a confirmação da procedência da sentença Civil. Usucapião. Bem de propriedade de sociedade estadual de economia mista em processo de liquidação extrajudicial. Sentença de procedência. Apelação do Estado Assistente da Ré. 1. Dado o caráter anômalo da sociedade de economia mista, os bens imóveis de propriedade dela podem ser usucapidos. 2. Somente depois de legalmente incorporado ao patrimônio do Estado o bem imóvel se torna público e infenso ao usucapião, de forma que não impede o reconhecimento da prescrição aquisitiva o fato da titular do domínio ser uma empresa estadual de economia mista e estar em regime de liquidação extrajudicial, não estando esta concluída¹⁶. 3. Apelação a que se nega provimento e sentença que se confirma.

Compulsando os autos, verifica-se que a ré celebrou contrato de promessa de compra e venda e mútuo com garantia de hipoteca do imóvel objeto da lide, sendo certo que não honrou as prestações desde os idos de 1994. Por sua vez, o autor tornou-se proprietário do imóvel em razão de adjudicação ocorrida em 09.06.1998. A questão relativa à possibilidade de se usucapir imóvel gravado por hipoteca para garantia de contrato de mútuo firmado no âmbito do SFH não é tranquila na jurisprudência, havendo diversos julgados no sentido de não ser possível o reconhecimento da usucapião em favor de mutuário que cessa o pagamento das prestações de financiamento obtido com recursos do Sistema Financeiro de Habitação. Para os que assim entendem, a principal justificativa apresentada é que, neste caso, seria impossível de se configurar posse com ânimo de dono, já que esta teria causa em contrato de promessa de compra e venda onerado por hipoteca, a evidenciar o conhecimento do possuidor quanto ao potencial direito dominial de outrem.

Contudo, no caso vertente, parece-nos que a questão não deve ser examinada sob tal ótica, visto que o lapso temporal para a aquisição por meio da usucapião especial urbana foi consumado após a adjudicação do bem pela instituição financeira autora. Explica-se: Sabe-se que a posse apta a gerar direito à usucapião é a *animus domini*. Esta intenção, todavia, não se encerra na vontade de possuir a coisa como dono, exigindo-se também que a posse tenha se iniciado por causa desvinculada do titular do domínio,

¹⁶ Ementário: 29/2002 - N. 34 - 03/10/2002 REV. DIREITO DO T.J.E.R.J., vol 56, pag 267.

circunstância que, a rigor, afasta a possibilidade de sua configuração no âmbito de relações contratuais.

Todavia, ocorrendo a adjudicação do bem, o gravame que pendia sobre o imóvel deixa de existir, cessando, via de consequência, a relação jurídica que unia as partes. Assim é que, a partir da arrematação do imóvel pelo credor hipotecário, a posse originária decorrente de contrato de promessa de compra e venda sofrealteração em sua causa, transmudando-se de precária para própria, dando início a uma nova relação possessória, o que torna possível o transcurso do lapso prescricional em favor do possuidor, conforme se deu na hipótese.

Portanto, ao nosso entender, tal circunstância, somada a inércia do titular do domínio, deflagra a possibilidade que haja transmudação do caráter originário da posse, passando esta de posse precária para posse ad usucapionem. No caso, não restou demonstrado que o autor tivesse promovido qualquer ato no sentido de sinalizar a intenção de retomada do bem. Ressalta-se, neste particular, que, apesar de o autor afirmar na inicial que havia notificado a ré para desocupação do bem, inexistente nos autos prova mínima a respeito, pelo que forçoso concluir que os efeitos que pretendia alcançar por meio daquele comunicado somente foram produzidos em 26.08.2011, com a citação, quando já decorridos quase treze anos da adjudicação. Conforme asseverou a douta julgadora a quo, “a ré permaneceu no imóvel, sem qualquer oposição do autor, por mais de doze anos, no período compreendido entre a Carta de Adjudicação e a propositura da presente demanda, exercendo desse modo a posse mansa e pacífica do bem, utilizando-o para sua moradia e de sua família, o que restou demonstrado pela documentação juntada aos autos e pelos depoimentos das testemunhas ouvidas em audiência”. Segue-se, então, que foi demonstrada a posse ininterrupta e sem oposição do bem pelo prazo de no mínimo cinco anos e a sua utilização para fins de moradia.

Verifica-se, além disso, que o imóvel possui área que não excede 250m² e que inexistente nos autos prova de que a ré seja proprietária de outro imóvel. Outro ponto apresentado no recurso é a alegada existência de má-fé na pretensão da ré, uma vez que teria ciência do vício de sua posse, já que os impostos incidentes sobre o bem foram pagos pela instituição financeira. Tal argumento não merece guarida, pois esta modalidade de usucapião prescinde de justo título e boa-fé, nos moldes da norma regulamentadora (Lei 10.257/2001), a qual assim dispõe:

Art. 9º Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Por sua vez, em que pese o pagamento do IPTU seja indício eloquente da presença do animus domini, não é requisito indispensável para o seu reconhecimento, pelo que a inadimplência da ré em relação a este tributo não obsta ao reconhecimento do direito à aquisição com base na usucapião. Aliás, fato é que nem mesmo o autor vinha arcando com o seu pagamento, sendo certo que apenas nos meses que antecederam a propositura da presente demanda é que cuidou de adimplir os débitos pretéritos, parte deles já inscrito em dívida ativa.

Diante deste quadro fático, forçoso concluir que os requisitos da usucapião especial urbana encontram-se preenchidos, em conformidade com o disposto no art. 183 da Constituição Federal c/c art. 9º da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade).

Outro caso interessante e merece nossa atenção, é sobre bem imóvel financiado pelo SFH (Sistema Habitacional Urbano), terceiro pleiteia a usucapião, situação diversa da primeira donde em consonância com o Código Civil de 2002 nega veementemente a usucapião vejamos a ementa:

1. Trata-se de apelação interposta por assistente dos autores em face de sentença que, nos autos da presente ação de usucapião, julgou improcedente o pedido, na forma do art. 269, inciso I, do CPC, sob o fundamento, em síntese, de inexistência de animus domini, bem como posse mansa e pacífica, entendendo, ademais, pela impossibilidade de usucapir bem financiado pelo SFH.
2. À vista da premissa que vem sendo adotada pela jurisprudência, no sentido de que tanto o confinante quanto o credor hipotecário do imóvel usucapiendo devem figurar no pólo passivo, permite concluir que também o credor hipotecário do imóvel confrontante detém legitimidade para ser parte no processo de usucapião, como no presente caso.
3. Tendo como norte o princípio da instrumentalidade das formas e considerando a hipossuficiência dos autores, a planta acostada nos autos, associada à Certidão do Registro Geral de Imóveis, revela-se suficiente à individualização do bem, autorizando, prima face, fixar os limites do imóvel objeto da ação. Ademais, submetidos ao contraditório, os documentos não foram objeto de impugnação.

4. Na presente hipótese, não restaram presentes os requisitos previstos para a usucapião pleiteada, quais sejam, o decurso do prazo legal e a posse mansa e pacífica, sem oposição do proprietário, com ânimo de dono pelo possuidor.

5. In casu, a posse dos autores não é tida cum animodomini, pois impossível possuir a coisa como proprietário aquele que tem pleno conhecimento de que o bem imóvel pertence a outrem.

6. As unidades financiadas pelo réu foram oferecidas em garantia hipotecária, o que inclui o imóvel em questão, incidindo, nesse caso, a oponibilidade erga omnes e o direito de sequela, inerentes aos direitos reais de garantia.

7. Pelo direito de sequela, a coisa dada em garantia fica sujeita, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação (art. 1.419 do Novo Código Civil). Como reflexo de sua oponibilidade erga omnes, o direito real adere à coisa, de tal forma, que a garantia subsiste, mesmo diante da transmissão inter vivos ou mortis causa. Assim, diante do direito de sequela, presente no caso vertente por força do direito real de garantia hipotecária, a instituição financeira poderá buscar a coisa seja lá com quem ela se encontre, sendo ineficaz a alegação de usucapião por terceiro.

8. Não configurada, tampouco, a posse mansa e pacífica, uma vez que a execução extrajudicial promovida pelo réu, que culminou com a arrematação do imóvel, não deixa margem à dúvida acerca de sua precariedade.

9. Apelação conhecida e desprovida.

A diferença entre esses dois casos é que no primeiro nasce de uma dívida legalmente constituída, e que no lapso temporal de executar foi pedido a usucapião.

Já o segundo caso nada preenche os requisitos fundamentais da usucapião e com a venda a terceiro já havia o gravame hipotecário dando a publicidade do ato, veja houve o nexo causal diferentemente seria se fosse ocupado o prédio financiado pelo SFH, porém sem nem um vínculo seja com a proprietária ou terceiro que viesse celebrar o contrato com a proprietária, sendo o imóvel ocupado e preenchidos os requisitos da usucapião urbano nada obsta em concretizar no mundo dos fatos, já há julgados neste sentido.

4.1 PRINCÍPIOS ACERCA DO TEMA

No Brasil o princípio constitucional econômico da propriedade privada e a sua função social no que tange o local de moradia o direito de usucapião viabilizado pelo

artigo 183, estão ligados entre si, visto a sua grande importância na legislação brasileira vigente, pois apóia uma visão de Estado democrático aplicando o bem social.

Fica claro com a promulgação da constituição cidadã de 1988, onde deixa a propriedade particular que necessariamente era o foco entre indivíduo e família sem que esta estivesse em consonância como tecido social, e sim agregado estritamente no modelo patriarcal, não que os princípios já não existiam entretanto no contexto social da época havia um primeiro passo para que outros princípios deste se aperfeiçoasse ao ponto que de certa forma dirimisse um conflito social que posteriormente poderia eclodir.

Vale lembrar que na CF de 1934 normas e princípios já norteavam sobre a ordem econômica, assim o nascimento da função social da propriedade foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro. Com o advento da CF de 1967 foi garantido como princípio da ordem econômica. Com a promulgação da Constituição da República de 1988 garantiu a propriedade como direito fundamental, determinando-se, adicionalmente, que esta cumpra sua função social.

A ordem econômica foi criada em âmbito geral para estabelecer princípios na economia, fundamentada na valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. Estes princípios previstos no artigo 170 da Constituição Federal, eleitos para abarcar e assegurar a todos uma existência digna conforme os ditames da justiça social.

4.2 APLICAÇÕES DA USUCAPIÃO EM BEM HIPOTECADO

A hipoteca de imóvel não inviabiliza pedido de usucapião extraordinário feito por terceiro. Por unanimidade, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) aceitou o REsp 1.253.767 e restabeleceu a sentença de primeiro grau, que reconheceu o direito de um cidadão registrar em seu nome imóvel onde ele residiu por mais de 20 anos ininterruptos.

No caso citado, a discussão era sobre a validade dos pré-requisitos para a declaração de usucapião do imóvel. Nesse meio tempo, os herdeiros financiaram o imóvel e pleiteavam que esse fator interrompesse o prazo de 20 anos de posse ininterrupta sem contestação necessário para o pleito de usucapião.

Os ministros entenderam também que a promessa feita ao morador pelo pai dos atuais herdeiros de que o imóvel seria doado ao morador caracteriza a condição de posse mansa (quando não há contestação) e de “ânimo de dono” (quando o morador ocupa o imóvel tendo expectativa real de ser proprietário).

Segundo o relator do recurso, ministro João Otávio de Noronha, nesse caso estão presentes os requisitos necessários para que o recorrente pudesse pleitear a usucapião do imóvel.

O caso envolve dois tipos de contestação, de acordo com os ministros: se era possível comprovar que o imóvel tinha sido prometido para o recorrente e, independentemente disso, se haviam fatores para legitimar o pedido de usucapião.

Em 1963, um cidadão do interior do Paraná fez proposta ao recorrente de que este cuidasse dos sogros do primeiro, enquanto residindo no imóvel objeto do pedido. Em troca, o imóvel seria doado. Posteriormente, o autor da proposta faleceu sem ter completado a doação. Durante todo o período, o recorrente residiu no local sem qualquer tipo de contestação, inclusive pagando tributos como IPTU e energia elétrica.

O fato de os donos terem hipotecado o imóvel em questão não constitui óbice ao pleito da usucapião, na avaliação dos ministros. “O perito pode ter ido avaliar o imóvel e ter tirado fotos sem o conhecimento do morador”, argumentou o ministro João Otávio de Noronha ao defender que esse fato não gerou interrupção no período de ocupação sem contestação do imóvel.

O pedido inicial é de 1997, e em primeira instância o pleito foi atendido. Já o acórdão redigido pelo Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) reformou a sentença, sob a alegação de que não estavam comprovados os requisitos para pleitear a usucapião (posse por 20 anos sem contestação ou interrupção). O entendimento do TJ é que a hipoteca do imóvel constituiu interrupção na posse, já que o imóvel foi avaliado e vistoriado.

Com a decisão do STJ, a sentença de primeira instância foi restabelecida.

4.3 POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO

Conforme palavras do professor Luiz Edson Fachi, é possível agrupar em torno de dez teorizações acerca dos fundamentos da usucapião, muitas delas se entrelaçando, ora vista como pena de negligência, ora como medida de política jurídica, ora como ação destruidora do tempo, ora como adaptação da situação de direito à situação de fato, ora como motivo de utilidade pública, ora como regra imposta pela necessidade de certeza jurídica, ora como interesse social, ora como instituição necessária à estabilidade dos direitos e, ainda, como fundamento da ordem e estabilidade social.

Pedro Nunes fornece um conceito prático e objetivo: “Meio de adquirir o domínio da coisa pela sua posse continuada durante certo lapso de tempo, com o concurso dos requisitos que a lei estabelece para este fim”. Ou, “é a prescrição aquisitiva

da propriedade e de certos direitos reais, pela posse ininterrupta durante determinado prazo sob as condições legais que lhe são inerentes”¹⁷

A usucapião é, no conceito clássico de Modestino, o modo de adquirir a propriedade pela posse continuada durante certo lapso de tempo, com os requisitos estabelecidos na lei.

A posse prolongada da coisa pode conduzir à aquisição da propriedade, se presentes determinados requisitos estabelecidos em lei. Em termos mais concretos denomina-se usucapião o modo de aquisição da propriedade mediante a posse suficientemente prolongada em determinadas condições¹⁸.

5 CONCLUSÃO

No presente trabalho percebe que a usucapião é o mais poderoso modo de aquisição dos bens. Consagra por excelência o princípio *ex facto jus oritur*, o direito nasce do fato. Joga por terra registros imobiliários, aquisições por acessão e por sucessão hereditária.

Porém surge uma dúvida que pode colocar em pauta a própria despersonalização do instituto de certa forma temerária ao analisar sem a devida atenção o art.1.228 do Código Civil de 2002, parágrafo quarto levanta esta miscelânea, onde existe toda uma roupagem, ou seja, requisitos para usucapir bem imóvel conquanto no parágrafo quinto deste mesmo artigo afirma em seu texto que o juiz fixará a justa indenização ao proprietário, ora com devida vênia a usucapião é modo originário já esta pacificado pela doutrina dominante, por fim há um fosso entre esta devida indenização seguindo critérios científicos do instituto não caberia qualquer forma de indenização.

Entende-se do texto que o proprietário ao reivindicar a área, em contrapartida pode ser surpreendido com a sentença declaratória de usucapião obedecendo todos os requisitos do art. 1.228 do cc, talvez a grosso modo, uma maneira que a lei viesse a cancelar no sentido de extensa área, e de considerável numero de pessoas houvesse em conjunto ou separadamente realizado, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante, assegurado pelo principio da função social e reitero o interesse econômico, perceba há uma espécie de hibidização entre o direito

¹⁷ RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Coisas: Lei n 10.406, de 10.01.2002, - 3. Ed. Rio de Janeiro, p.248.

¹⁸ Venosa, Sílvio de Salvo. Direito civil: Direitos reais – 3. Ed. São Paulo, p. 207

originário e o direito derivado, já que extensa área caberia forçosamente na usucapião extraordinária ainda assim não encontraria guarida para indenização no sentido pecuniário da coisa em prol o antigo proprietário.

Já que o Estado usa de mecanismos indenizatórios para esta peculiaridade nada mais sensato em usar os dispositivos da usucapião ou que os ocupantes suportassem o ônus de forma a indenizar o proprietário ou na impossibilidade deixar o local, desta maneira se coloca temerária o próprio direito a propriedade privada que por outro lado incentivaria pessoas com intenções duvidosas a usar deste mecanismo para auferir riqueza frente ao Estado que pela própria falta de competência no sentido de alocar verbas para combater o déficit habitacional encontrar esta chancela perigosa onde em uma colenda pode ser argüida esta lei, e seus efeitos no instituto da usucapião pode ser irreparável.

Retornando ao instituto da usucapião conforme julgados, percebe que cada caso merece uma análise diferenciada no caso de bem hipotecado, onde por envolver bem público, economia mista e terceiros fica esta difícil miríade para o magistrado que de forma estritamente científica soluciona o litígio quando há, ou apenas declara o direito já existente.

Foi verificado o instituto da hipoteca como direito real de garantia, para isso foi devidamente explorado o instituto de direito das obrigações inclusive um fenômeno jurídico o propter rem para sedimentar o pensamento exposto, fazendo esta prévia ligação necessária no sentido de expor a seguridade jurídica dos negócios através do contrato onde verifica primeiramente o nascimento do negócio seus efeitos no sentido de horizontalidade entre dois indivíduos, fazendo a clara diferença entre a verticalidade do indivíduo e a coisa, já nos direitos das coisa por assim dizer foi esmiuçado o instituto da usucapião frente a hipoteca e seus resultados conforme julgados apresentados e jurisprudência e posicionamento doutrinários acerca do fato.

REFERÊNCIAS

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. A Propriedade e posse. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

LIMA, Ruy Cirne. Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas. 5 ed. Goiânia; UFG, 2002, P.13.

LACERDA, Linhares de. Tratado..., ob. cit., vol. I, p. 27.

DE PLÁCIDO e Silva. Vocabulário jurídico. Vol. 4. 11.ed. Rio de Janeiro, 1991, p. 442.

Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, vol.III, ob. Cit., p. 91.

Nader, Paulo. Curso de direito civil; v.4: direito das coisas, Rio de Janeiro, 2008, p. 108

Venosa, Sílvio de Salvo. Direito civil: Direitos reais – 3. Ed. São Paulo, p. 192

Nader, Paulo. Curso de direito civil; v.4: direito das coisas, Rio de Janeiro, 2008, p. 110.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Coisas: Lei n 10.406, de 10.01.2002, - 3. Ed. Rio de Janeiro, p.274.

Traité Élémentaire de Droit Civil Belge, t. 7, p. 337. Cons. Azevedo Marques, A Hipoteca, 3^a ed., p. 32.

Gomes, Orlando. Direitos Reais, 19^a ed., atualizada por Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004.

COSTA, Elder Lisbôa Ferreira. História do direito: de Roma à história do povo hebreu muçulmano: a evolução do direito antigo à compreensão do pensamento jurídico contemporânea. Belém: Unama, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: volume 1: parte geral. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

Ementário: 29/2002 - N. 34 - 03/10/2002 REV. DIREITO DO T.J.E.R.J., vol 56, pag 267.

Gomes, Orlando, Direito das Obrigações, 15^a ed., atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005, p.15.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: volume 1: Cap.01. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.