

EUCLIDES DE MESQUITA

Docente Livre da Faculdade de Direito da
Universidade do Paraná.



○ usocapião pode ser oposto, como defesa,
independentemente de sentença an-
terior que o declare e que, registrada,
sirva de título ao DOMINUS?

Tese de concurso à Cadeira de Direito
Civil da Faculdade de Direito da Uni-
versidade do Paraná.



CURITIBA - PARANÁ

1 9 5 6

BC/HUFPR - MEMORIA DA UNIVERSIDADE F. DO PARANA
AUTOR
R\$ 10.00 - Doacao
Termo No. 347/03 Registro:350,424
17/11/2003

UFPR Sistema de Bibliotecas

Trabalhos do autor:

- I — A interpretação do art. 1.133, n. II do Código Civil. O Direito e a Lei Natural. Função do advogado.
- II — Direito Objetivo e Subjetivo - in Revista "Themis" órgão do CAHS.
- III — Os contratos e o dirigismo estatal - in "Paraná-Judiciário".
- IV — O Poder da bínuba sôbre os filhos do leito anterior - in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná.
- V — Promessa de compra e venda de bens imóveis - in "Jornal de Cultura - do CAHS.
- VI — Liquidação de condomínio - in "Direito".
- VII — A Posse no Código Civil Brasileiro - in Revista "Themis" do CAHS.
- VIII — Ilegitimidade para a ação - in "Direito".
- IX — O Estado e as Constituições Republicanas no Brasil - Tese de concurso à Cátedra de Teoria Geral do Estado da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná.
- X — O Trabalho e A Economia na Carta de 1937, São Paulo - 1938.
- XI — Sociologia Rural - (Estudos de Realidades Brasileiras) in Revista Serviço Social, n. 65. São Paulo, 1951.
- XII — A Técnica, o Homem e a Vida Social - Curitiba, 1954.
- XIII — O Espiritualismo de Farias Brito - Curitiba, 1953.
- XIV — Fortes in Fide estote - Discurso de Paraninfo da Turma do Curso Científico do Colégio Santa Maria.
- XV — Pesquisa de Padrão de Vida das classes operárias no Paraná - por designação do Ministério do Trabalho.
- XVI — O Pauperismo no Brasil - Rev. Guaira - n. 37.
- XVII — Mortalidade Infantil - Rev. Guaira - n. 39.
- XVIII — Geografia Humana e Sociologia - Rev. Guaira - n. 41.
- XIX — Necessidade da Educação Integral Cristã - Aula inaugural na Faculdade Católica de Filosofia, 1953.
- XX — Pesquisa de Padrão de Vida de comunidades rurais no Paraná, por designação do Ministério do Trabalho, 1952.

A MARIA,

Sedis Sapientiae.

À MEMÓRIA SAGRADA

DE MEUS PAIS.

À DOUTA CONGREGAÇÃO da

Faculdade de Direito da Universidade do Paraná.

CAPÍTULO I

Usucapião e Prescrição

As duas expressões — usucapião e prescrição — existem simultaneamente porque, ao mesmo tempo que alguém adquire um direito por virtude de posse nunca interrompida, êsse mesmo direito é perdido para aquêle a quem pertencera até então. *Duorum in solidum dominium esse non posse.* (L. 5, § 15 D.). Pode-se mesmo afirmar que, na linguagem jurídica corrente e na jurisprudência, o vocábulo — prescrição — encerra sempre, em sua significação, a idéia de aquisição de um direito para uma pessoa e a idéia de extinção dêsse mesmo direito para outra.

Planiol (2) explica que a palavra “prescrição” nada significa. É uma abreviação da expressão latina “*praescriptio longi temporis et longissimi temporis*” ou seja uma exceção fundada sôbre um determinado tempo decorrido e que é escrita como cabeçalho de uma fórmula, donde seu nome.

1) O Código Civil empregou, em seu art. 550, a palavra usucapião, como do gênero masculino. Na origem, o vocábulo é do gênero feminino. No latim e em tôda legislação romana, apresenta sempre a forma feminina. Dic. Latino — Portuguez Saralva — Usucapio, onis, s. ap. f. — Dic. Latin-Français — Quicherat — Usucapio, onis, f. — Magnum Lexicon Novissimum Latinum Lusitanum — 1849 — Usucapio, onis, f. — e assim todos os demais. Na legislação romana, o Corpus Juris Civilis emprega a palavra, como feminina, como se verifica, entre outras — do Liv. 41, T. 3, conforme se vê na edição CORPUS JURIS CIVILIS — Eruditissimis Dionysii Gothofredi I.C. Ano M.DC.LXII e ainda no § 3 das Inst. (2.6) no F.1 do Dig. (41.3 e no § 1 do Cod. (7.31) Mackeldey — Manuel de Droit Romain — Bruxelles — 1846; Ihering — La Posession — versão espanhola de Adolfo Posada — Madrid — 1926; Ruy, Lacerda de Almeida, Lafayette, Ribas, Coelho da Rocha, usam a expressão no gênero feminino. Clovis, em sua Theoria Geral do Direito Civil, ed. 1929, usa o termo no masculino e Coelho Rodrigues também assim o fez, em seu Projeto do Código Civil Brasileiro. No direito português, informa Cunha Gonçalves, não existe a expressão “usocapião”, substituída por “prescrição positiva”, in Principios de Direito Civil, vol. 1, p. 430.

2) Planiol — Droit Civil — Tome I, IIIème édition — Paris — 1932. Pag. 920.

Acrescenta o mesmo jurista que a palavra “usocapião” não é empregada nas leis francezas e é pouco usada na lingua. Entende, entretanto, o citado autor que seria útil o emprêgo da expressão para distinguir as duas espécies de prescrição — a prescrição aquisitiva que faz adquirir a propriedade e a prescrição extintiva que origina a perda de todos os direitos em geral.

Estas duas funções opostas não se acham submetidas às mesmas regras. Nem todos os povos, em seus sistemas jurídicos, acolhem a prescrição. O direito muçulmano, por exemplo, não a inclui entre os seus dispositivos.

É de se assinalar ainda que os sistemas jurídicos que aceitaram e acolheram a prescrição, não se harmonizam no conceito que fazem da mesma.

Assim é que, uns admitem a unidade de conceito e outros, a dualidade. O Código alemão de 1900 e o Código brasileiro preferiram o último conceito, como se vê de nosso Código que inclui a prescrição na parte geral, e o usocapião na parte da propriedade.

Em que pêsse a divergência de conceitos — unitário ou dual — em que se debatem os tratadistas, é de ver que o usocapião exprime a idéia de adquirir o domínio das coisas corpóreas por efeito da posse mansa e uso da coisa pelo tempo marcado na lei, para se poder adquirir por êsse modo; a prescrição, porém, significando isso mesmo, compreende também, na sua significação, a aquisição e a extinção de direitos, obrigações e ações por efeito do mesmo lapso de tempo.

De qualquer maneira, não se devem confundir as duas expressões, nos seus efeitos legais.

Martinho Garcez (3), em sua *Theoria Geral do Direito*, ensina que “a prescrição difere da (sic) usucapião (sic) em que a primeira é uma força extintiva da ação e de todos os recursos da defeza, de que o direito se achava originariamente provido, e a segunda é uma força criadora de direitos reais, em particular, da propriedade, que opera transformando a posse em direito.

3) Martinho Garcez — *Theoria Geral do Direito* — Segundo o Projecto do Código Civil Brasileiro, Rio — 1914.

Evidente, todavia, é que uma e outra existem simultaneamente; porque ao mesmo tempo que alguém adquire um direito por virtude da posse nunca interrompida durante o tempo determinado por lei, esse mesmo direito é extinto e perdido para aquele a quem pertencera até então.

De qualquer maneira, não se pode confundir os dois institutos jurídicos. Diferenças gritantes separam o usucapião da prescrição. Já no direito romano assinalam-se essas diferenças: 1.º - o usucapião era um meio de adquirir o domínio (capió usu — aquisição pelo uso, isto é, pela posse); e, ao fim de tempo fixado, um ano para os móveis, dois anos para os imóveis, o possuidor tornava-se proprietário ou tinha o direito de reivindicar a coisa contra todo possuidor.

2.º - A prescrição, ao contrário, não era um meio de adquirir. Tão somente constituía um meio de repelir a ação do proprietário. Se esse, durante a mora, reivindicava a coisa, era necessário restituí-la; mas, ultrapassada a mora, seu intento era repellido pela prescrição. Assim, esta prescrição produzia quase o mesmo efeito de uma exceção e, mais tarde, foi mesmo convertida em exceção.

Sabemos que os juriconsultos Paulo e Ulpiano, além de outros, empregaram indiferentemente as duas expressões: prescrição e exceção, como se podem ver as duas palavras — prescrição e exceção — inteiramente confundidas no Código, indicadas como sinônimos em um título — De exceptionibus seu praescriptionibus — D.44.1 — Cod. 8.36.(4).

4) Em verdade, na origem não se confundiam as duas expressões. Prescrições — de prae scribere — eram determinadas restrições alegadas no começo da defeza dirigida ao juiz pelo pretor. Estas restrições eram apresentadas a requerimento de um ou outro litigante. Se requeridas pelo réu, seu efeito era restringir o pedido às coisas novas sobre que tinha direito no momento e indicar ao juiz que não devia se ocupar de outras. Quando eram apresentadas pelo autor, seu objeto era indicar ao juiz certas circunstâncias que o impediam mesmo de examinar o assunto. Assim, se estabelece a diferença: a prescrição, se no caso a que se applicava era verdadeira, ficava o juiz dispensado de examiná-la, enquanto a exceção não isentava do exame do caso occorrente, pois era preciso verificar, por exemplo, se houve dolo, violência, etc. Mais tarde, as prescrições foram convertidas em espécies de exceção e não foram mais insertas nas fórmulas apropriadas para este fim e, afinal, as prescrições apresentadas pelo autor foram suprimidas e deram lugar às exceções, originando, desta maneira, a confusão de que resultou, como vimos, um capítulo do Código, englobando os dois institutos. Há também divergências quanto à grafia. O Código Civil, em seu Livro II, Título II, Cap. II, Seção IV, usa a expressão "usucapião". Cod. Civil Brasileiro, Achilles Bevilaqua, ed. 1954. Carvalho San-

No entanto, certo é que o usucapião conferia o domínio das coisas com os encargos de que se achavam gravadas, como se vê no D.41.3 — 44 § 5.

A prescrição, ao contrário, poderia ser oposta, não somente contra o proprietário, mas a todo aquêlle que, tendo um direito sobre a coisa, não o exercera em tempo útil. Dai dizer Carvalho Santos que a prescrição é inação do autor e decurso do tempo. (5)

Clovis, em sua *Theoria Geral do Direito Civil*, afirma que "a diferença essencial entre a prescrição e o usucapião que não tinha sido assinalada pelos artigos jurisconsultos e foi posta em evidência pela analyse dos modernos, está em que a primeira é uma força extintiva da ação e de todos os recursos de defeza, de que o direito se achava originariamente provido, e a segunda é uma força creadora de direitos reais, em particular, da propriedade, que opera, transformando a posse em direito. "E acrescenta o Mestre: "A prescrição é apenas a destruição do elemento defensivo do direito". (6)

O usucapião, no direito romano, não era interrompido pela ação do proprietário, de sorte que se êle se verificava no curso do processo, antes da sentença, o domínio era adquirido e isto porque o usucapião era a aquisição pelo uso e o uso continuava até o dia da sentença — D.14.4.

A prescrição, ao contrário, era um meio de se opor à ação, e, se no curso do processo, o réu não tinha ainda o tempo de posse exigido para apresentar esta prescrição, seu possível direito, decaía, de começo.

Na época de Justiniano, todo o território do império participou do mesmo direito. Não subsistem as diferenças entre usucapião e prescrição. Justiniano confunde em um só todos os dois institutos, atribuindo caracteres de um e de outro no novo direito que criou. Assim é que, no livro II, T. V., das *Institutas*, consta:

tos, igualmente "usucapião", vol. XXVIII, *Cod. Civ. Brasileiro Int.*; Pontes de Miranda, igualmente "usucapião", in *Systema de Ciência Positiva do Direito e Tratado de Direito Privado*, resp. vols. II e X; Eduardo Espinola — "usucapião" — *Tratado de Direito Civil Brasileiro*, vol. II; Cunha Gonçalves, "usucapião" in *Princípios de Direito Civil*, vol. 1; João Luiz Alves, "usucapião", in *Cod. Civ. Estados Unidos do Brasil*, 2.^a ed. vol. 1.

5) Carvalho Santos — *Cod. Civ. Brasileiro Int.* — vol. XXVI — Rio — 1939.

6) Clovis — *Theoria Geral do Direito Civil* — Rio — 1929.

“De usucapionibus et longi temporis possessionibus.

Jure civili constitutum fuerat, ut qui bona ab eo qui dominus non erat, cum crediderit eum dominum esse, rem emerit, vel ex donatione aliave quavis justa causa acceperit, is eam rem, si mobilis erat, anno ubique, si immobilis, biennio tantum in italico solo usucapiat, ne rerum dominia in incerto essent. Et cum hoc placitum erat, putantibus antiquioribus, dominis sufficere ad inquirendas res suas praefecta tempora, nobis melior sententia sedit, ne domini maturius suis rebus defraudentur, neque certo loco beneficium hoc concludatur. Et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est ut res quidem mobiles per triennium immobiles vero per longi temporis possessionem (ide est, inter presentes decennio, inter absentes viginti annis) usucapiantur; et his modis non solum in Italia, sed in omni terra quae nostro imperio gubernatur, dominia rerum, justa causa possessionis praecedente, adquirantur” (7).

Nosso direito não confunde as noções exatas de usucapião e prescrição, e, nosso Código, seguindo nesse particular, o direito alemão, trata da prescrição, propriamente dita, ou extintiva, na parte geral, e de usucapião, ou prescrição aquisitiva, na parte relativa ao direito das coisas.

Já nos códigos francês, italiano, austríaco, espanhol, argentino e chileno, a prescrição extintiva e aquisitiva obedecem aos mesmos princípios e têm função de forças destruidoras de direitos, observadas as condições impostas por lei.

Colin — Capitant (8) procura justificar essa sistemática do direito francês, afirmando:

“On a critiqué les redacteurs do Code Civil pour avoir ainsi rapproché deux institutions aussi différentes. Au fond, leur methode n'est pas si fautive. Les deux prescriptions se justifient par les raisons analogues. De plus, le régime de l'une et de l'autre est le même à beaucoup d'égards, en ce qui concerne notamment les règles de computation des délais, et, en général, les modes de suspension et d'interruption.”

7) Institutes de l'Empereur Justinien, traduites sur le texte de Cujas par A.M. du Caurroy, Paris — 1857.

8) Colin — Capitant — Cours Elementaire de Droit Civil Français, Tome Premier 11ième edition, Paris — 1947.

No Código Civil Brasileiro, o usucapião mereceu destaque especial, configurando-se como instituto jurídico autônomo, e sem se confundir com outros institutos, de cuja semelhança de efeitos se aproxima.

Todavia, o conceito de unidade, em matéria de prescrição, não é unânime, mesmo entre os juristas nacionais.

M. I. Carvalho de Mendonça (9) afirma que o conceito de prescrição é eminentemente unitário. E continua: “Assim pensaram sempre o direito prussiano, o Código da Áustria e a unanimidade dos Códigos do sistema francês. Se o novo código civil alemão contramarchou a distinção da prescrição em aquisitiva e extintiva, não passou incólume de críticas. A unidade do conceito pertence à escola do direito natural: a dualidade, à escola histórica. Mas, a despeito da superioridade científica desta última, não se pode concluir pela infalibilidade de todos os seus postulados. Seria um erro subjetivo tão injustificável, como a rejeição em massa e sem exame de todos os princípios de sua antagonista”.

Coelho Rodrigues (10) igualmente, achava que o usucapião deveria ter tratado na parte geral, juntamente com a prescrição das ações.

Carpenter (11) refere que o citado jurista assim justificou, perante a Comissão Especial da Câmara, o seu modo de ver:

“A historia de nosso direito deve distinguir o usucapião da prescrição liberatória; mas esta distinção, na sua theoria e sobretudo em um novo Código, é e não pode deixar de parecer, um romanismo exagerado... Porque tratar em livros diferentes, de um mesmo factio juridico? Por que o usucapião pôde fundar uma acção e a prescrição liberatória é sempre matéria de uma excepção? Mas, essa diferença decorre da natureza do direito prescripto e não da mesma prescrição. Qualquer pôde usurpar a propriedade de um bem; mas, só o credor pôde demandar o devedor, que nunca poderá pedir-lhe aquillo que já possui. Também se diz que o usucapião transfere o

9) M. I. Carvalho de Mendonça — Doutrina e Prática das Obrigações, 2.^a ed. - 1911.

10) Coelho Rodrigues — Projeto do Código Civil.

11) Carpenter, Luiz Frederico Sauerbronn — Manuel do Código Civil, Coleção Paulo de Lacerda, vol. IV, ed. 1919.

bem de um a outro titular; ao passo que a prescrição liberatória confere apenas uma quitação forçada; mas isto é uma questão de palavras que não resiste à analyse dos factos.”

Inclinamo-nos para a dualidade de conceitos, por motivos de ordem jurídica e social e adiante, em outro capítulo, expomos as razões de nossa preferência.

CAPÍTULO II

Conceito e diferenciação de usucapião e prescrição

A origem do vocábulo prescrição se encontra no Direito Romano.

Sabemos que outrora, em Roma, vigoraram sucessivamente três sistemas de processo: 1.º) O das ações da lei (*Leges actiones*); 2.º) O sistema formular; 3.º) O sistema extraordinário.

Com o advento do segundo sistema, surge a faculdade conferida ao réu de, sem diretamente negar a pretensão do autor, torná-la inócua e paralisar mesmo a ação, por meio de uma “*exceptio*.” Como na fórmula, inseria o pretôr, antes das partes principais, a *exceptio*, lhes deram o nome de *praescriptiones*, porque era escrita antes, pré-escrita (de *praescribere*). E assim, dêsse método do pretôr, determinando ao juiz que examinasse antes, as circunstâncias alegadas pelo réu, que pudessem prejudicar o mérito da causa, nasceu a palavra prescrição, que hoje se toma como meio de adquirir ou de desonerar.

Quanto à antiguidade, vemos primeiro surgir a prescrição extintiva. A primeira foi conhecida na Grécia antiga, de onde, segundo Mello Freire (12) foi importada por Roma, para a lei dos Decêmviros.

Dispunha a tábua VI.^a das XII Tábuas, que quem possuísse um imóvel por dois anos e um móvel por um, se tornava proprietário dele. Só, porém, aos bens “*mancípi*” se applicava a regra; dela se achavam excluídos os “*nec mancípi*”, assim como, por outro lado, contra o cidadão romano, não podia o estrangeiro usocapir. Eram requisitos dêsse meio de adquirir: boa fé, justa causa e posse pelo tempo legal, sendo de notar que o

primeiro requisito era apenas exigido no comêço da posse, conforme o brocardo — “mala fides superveniens non nocet”.

Relativamente às ações, notamos que, em Direito Romano, a princípio eram na maioria perpétuas, e umas poucas, temporárias, que deviam de regra, ser intentadas dentro de um ano. Na jurisprudência do pretor, antes de Justiniano, vemos surgir a favor do possuidor, a faculdade de invocar a chamada “temporis exceptio” ou “longi temporis praescriptio”, que embora não conduzisse à propriedade plena, já excluía a ação intentada da fóra de tempo.

Registra Carpenter (13) que a lei Fúria de Sponso de 204 A. C., foi a primeira a estabelecer a prescrição extintiva, decretando que as ações contra os “sponsores” e os “fidepromissores” da Itália, se extinguíam dentro de dois anos do vencimento da dívida. Com Ulpiano, a exceção de prescrição assume as prerrogativas de usucapião, e apenas se distinguíam os dois direitos pelos prazos.

Finalmente, tal distinção acabou sob Justiniano que, baseado na prescrição estabeleceu novo direito, fundindo o usucapião na prescrição de longo tempo, aplicável indistintamente a todos os bens. Sob Theodosio e Honório não era permitido a investigação da origem das posses de mais de trinta anos, e, a êsse prazo foi então limitada a duração das ações perpétuas, e assim, por exemplo, prescrevíam em 30 anos as ações mixtas de direitos reais e de direitos pessoais e a ação hipotecária dirigida contra terceiro detentor de bens hipotecados. Mas, se era vedado investigar a posse de mais de trinta anos, podia o proprietário provar a má fé do possuidor, a quem a posse inábil não aproveitara, em consequência do que, bastante reduzida ficava sua possibilidade de aproveitar a prescrição. Foi então que Anastácio instituiu a prescrição de quarenta anos para as coisas que escapavam à trintenária.

A falta de qualquer requisito legal prejudicava a prescrição, a não ser que se tratasse de prescrição imemorial, pois, como dizia Pomponio, refletindo idéias da época, “a posse cuja origem se perdia na noite dos tempos, dava direito a tirar água dos rios públicos”.

Pelo exposto, é de se concluir que, apesar da confusão sob Justiniano, confusão que por muito tempo perdurou, distinguiu

13) Carpenter, ob. cit.

o Direito Romano, a prescrição aquisitiva da prescrição extintiva.

Modernamente, não se tornou a prescrição conhecida de todos os povos. O Direito Muçulmano, por exemplo, não a incluiu em seus dispositivos. Os códigos que a adotaram preferiram, uns, a unidade de conceito, outros, a dualidade.

Este último critério foi apenas seguido pelo código civil alemão de 1900 e pelo brasileiro, com a inclusão da prescrição extintiva na parte geral e com a do usocapião, na parte relativa ao direito das coisas. Os outros códigos que a adotaram, preferiram a unidade de conceito, mas como divergem quanto à sua colocação, devem ser classificados em grupo.

Fazem parte do primeiro grupo, os códigos: Francês, espanhol, italiano, chileno, argentino e o boliviano, que relegaram a matéria para as respectivas partes finais.

Os códigos português, uruguaio e o peruano, constituem o segundo grupo, tratando da prescrição na parte referente à propriedade.

O código japonês figura à parte, por ter colocado a prescrição na parte geral.

Entre nós, o projeto de Felício dos Santos, seguia o critério do código português e o de Coêlho Rodrigues o do código japonês. Devemos notar que, antes do nosso código civil, as Consolidações de Teixeira de Freitas e de Carlos Carvalho, tinham já adotado a dualidade de conceitos, sendo que a do primeiro fez da prescrição extintiva, a parte última do primeiro livro, na secção dos direitos pessoais, nas relações civis, e da prescrição aquisitiva, o último capítulo do livro segundo, que trata dos direitos reais.

Fadda e Bensa (14), tradutores de Pandekten de Bernardo Windscheid, Prof. da Univ. **Lipsia**, acham que a prescrição, sob o ponto de vista econômico, é, ao mesmo tempo, extintiva e aquisitiva. O proprietário, dizem, que não cuida de reivindicar a coisa sua, do possuidor usocapiante, perde a propriedade, como o credor que negligência de cobrar perde o crédito; o devedor cuja obrigação esteja prescrita, como o proprietário de um imó-

14) Fadda e Bensa — *Diritto delle Pandette* — 1904 — Torino.

vel gravado quando o ônus real se tenha extinto pelo não uso ou pelo “usocapio libertatis”, adquire a liberação do seu patrimônio, como êste último a do seu imóvel. A conexidade da aquisição e da perda, confirma a unidade substancial do conceito de prescrição. Quando a análise jurídica dos vários institutos separadamente disciplinados, descobre analogias essenciais entre êles existentes, a doutrina tem o dever de reconduzir êsses institutos a um conceito único. A unidade de disciplina é de tal modo necessária, concluem os citados autores, que o próprio Direito Alemão, tão decisivamente adverso à unidade de conceito, remete frequentemente do usocapio à prescrição, da qual declarou aplicáveis ao primeiro os §§ 206, 209-212, 216, 219 e 220, e que a maior parte dos escritores avessos à unidade de conceito não hesita em declarar aplicáveis ao não uso, as normas estabelecidas pela lei, para a prescrição.

Frederic Mourlon (15), não discute; aceita a unidade de conceito e define a prescrição como “la présomption légale de liberation”. Confessa, porém, que, embora tivesse defendido êsse ponto de vista contra Marcadé, a prescrição é um modo de adquirir, e cita o art. 2.219 do código francês que define: “La prescription est un moyen d’acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps et sous les autres conditions déterminés par la loi”.

Troplong, em comentário a êste artigo, (Le Code de Droit Civil Expliqué suivant l’ordre du Code) afirma que o código tomou, em parte, de empréstimo, a definição que contém, a Domat e que o seu maior defeito está em considerar o tempo como meio de adquirir ou de liberar, pois os romanos já haviam dito: “Tempus non est modus constituendi vel dissolvendi juris”.

Para Troplong (16), é na posse do detentor e no silêncio e aquiescência do credor ou do proprietário que se acha o princípio da prescrição.

M. I. Carvalho (17) de Mendonça escreve que a diferença entre a prescrição extintiva e a aquisitiva é um artifício puramente lógico, instituído pela história do direito. A prescrição, afirma, é sempre filha de um conceito único, nela há sempre um patrimônio que se perde ou outro que aumenta.

15) Mourlon, Frederic — Répétitions écrites sur le Code Civil, Paris — 1873.

16) Troplong — Commentaires sur la prescription — Bruxelles — 1843.

17) M. I. Carvalho de Medonça — ob. cit.

Durante a discussão do nosso código, Afonso Pena, Melo Franco, Camilo de Brito, Levindo Lopes, Ferreira Tinoco, L. A. Paraizo, Edmundo Lins e João Luiz Alves, subscreveram um parecer vindo da Faculdade de Direito de Minas, que entendia, que por motivo de clareza e de método se devia tratar da prescrição extintiva e da aquisitiva, não como no projeto, mas num só capítulo. Não indicava o parecer, entretanto, onde se devia colocar tal capítulo.

Rodrigues Torres Neto externou que, como no Código Argentino, se deveria incluir, com um título especial, a prescrição extintiva e a aquisitiva. Do mesmo parecer foi Azevedo Marques.

Do confronto de opiniões pró e contra a unidade de conceito de prescrição, não se pode deixar de preferir, por todos os motivos, o da dualidade, e, quanto ao método, o do nosso código, pois absurdo seria se deslocar do direito das coisas, um instituto como o usucapião, apenas a êle relativo e da parte geral, a prescrição extintiva, de vez que encerra dispositivos atinentes a tôda parte especial. Qualquer mudança em tal sentido seria um atentado contra a ordem expositiva, contra o método de disposição das matérias.

Troplong, já citado, após criticar a definição do código francês, afirma que, na verdade existem duas espécies de prescrição: uma, que faz adquirir o domínio das coisas; outra que não faz senão extinguir obrigações, que desembaraça a pessoa e opera sua liberação. Esta espécie se relaciona mais diretamente com a matéria dos contratos e das obrigações, das quais é uma causa de extinção, e aquela é um meio *sui generis* de aquisição da propriedade.

Não procedem os argumentos expendidos por Fadda e Bensa, pois, se é verdade que a prescrição tem pontos de contato com o usucapião, e que o decurso de tempo é fator comum, não é menos verdade que possuem pontos de inconfundível diferenciação, aliás, o próprio fator tempo concorre em cada um destes institutos de modo inverso, num, extinguindo, noutro criando um direito. Fadda e Bensa são contraditórios quando escrevem — “que a conveniência de disciplinar separadamente na lei os vários institutos pode ser concedida sem dificuldade, mas isso não destróe a unidade de conceito”. E também quando afirmam: “seria de certo necessário indicar de modo preciso a esfera de ação das várias figuras, discriminar-lhes os

efeitos”. Eis que os próprios partidários da unidade não podem fugir à separação.

A dualidade de conceitos não importa na negativa de pontos de contato entre a prescrição extintiva e o usucapião, não sendo de estranhar, pois, que o código alemão contenha dispositivos aplicáveis a uma e a outro.

A opinião de alguns, favorável ao critério adotado pelo código argentino, não pode também ser aceita. O mencionado código tem o grande defeito de não possuir uma parte geral.

Nem todos os fatos jurídicos podem ser encarados sob o aspecto geral, mas não se negará a vantagem, quiçá a necessidade de adotar o método geral de exposição quando possível.

Como muito bem diz Carpenter, em qualquer das quatro divisões da parte especial do nosso código que se procurasse incluir a prescrição, ficaria deslocada, por não tratar em exclusivo de qualquer dos respectivos assuntos, e, que o maior engano de Torres Neto está em pensar que a prescrição extintiva não contém regra de aplicação comum.

Em defesa de seu projeto, Bevilaqua criticou os que supunham que tivesse ~~mas~~ duas espécies de prescrição, alguma coisa mais de comum além do nome, pelo fato de uma e outra resolver direitos. Ensina o grande mestre que enquanto, na verdade, em um caso o direito fenece, se atrofia e perde o tegumento protetor da ação, noutro se assiste à formação do direito, que em dado momento de sua evolução se reveste com êsse tegumento de garantia judicial. Há, pois em ambas as emergências o desaparecimento de um direito, mas ao passo que na prescrição extintiva é justamente êsse desaparecimento que se considera, na prescrição aquisitiva é a criação de um direito novo que solicita a atenção.

Foi da confusão dos institutos, escreve o insigne mestre em sua Teoria Geral, que se originaram os desvios e êrros de doutrina. A diferença essencial entre a prescrição e o usucapião, que não tinha sido assinalada pelos antigos juristas, foi posta em evidência pela análise dos modernos, e ela está em que, a primeira é uma força extintiva da ação e de todos os recursos de defesa de que o direito se achava, originariamente, provido, e o segundo é uma força criadora de direitos reais, em particular da propriedade, que opera, transformando a posse em direito.

Incontestavelmente, o método preferível, diz ainda Clovis, é expôr na parte geral os preceitos sôbre a prescrição própria-mente dita, pois que não se aplicam êles sômente a uma classe de relações jurídicas, mas a tôdas, privando-se do remédio jurídico que as garante contra as violações. O usocapião ocupa seu posto natural entre os modos de adquirir a propriedade.

A êsse resultado chegou o eminente tratadista após decompôr pela análise o direito em seus elementos básicos — sujeito, objeto e vínculo — de fixar e definir fatos e atos jurídicos e de concluir com Windscheld (18), “que nem todos os fatos jurídicos exigem e admitem um modo geral de exposição. A um tal modo geral se devem submeter sômente os seguintes fatos jurídicos: 1.º) Os atos jurídicos; 2.º) Os atos ilícitos; 3.º) O decurso de tempo”.

O decurso de tempo, quer sob a forma de prazo, quer sob a forma de prescrição, deve ter ingresso na parte geral do código civil, porque é um fato jurídico que influi sôbre o nascimento e a extinção de inúmeras relações jurídicas e pode ser submetido a certas regras de preceitos gerais.

Todo direito, disse Ihering, (19) é um interêsse que a lei protege. Através tal concepção, nota-se no direito: 1.º) uma parte nuclear — o interêsse; 2.º) um tegumento protetor revestindo êsse interêsse para transfigurá-lo sob o influxo da finalidade social, e para defendê-lo das injustas agressões. Essa interferência da sociedade, em garantia do interêsse alçado à categoria de direito, se faz sentir principalmente pela ação, de que o direito é provido.

A prescrição fére êsse elemento protetor conferido pela sociedade ao direito; inutiliza a garantia social da ação — a realizabilidade, fôrça específica do direito. Ora, se a prescrição atrofia o direito, privando-o de ação, se esta não é atributo exclusivo dos direitos de crédito, iremos mutilar-lhe o conceito se a encerramos no apertado âmbito do direito das obrigações. Por outro lado, se nem todos os direitos se extinguem com a prescrição, como por exemplo, os que procedem de relações de família, sempre que se trata de firmar um estado de direito em correspondência com ela, alguns direitos que provêm das

18) Windscheld — Die Lehre des Pandektenrechts — Trad. italiana por Fadda e Bensa — Torino — 1873.

19) Ihering R. von — L'évolution du Droit (Zwecht im Recht) Traduit sur la IIIième édition par O. Meulenaere, Paris, 1901.

relações de família, que escapam à categoria indicada, são prescritíveis, como por exemplo, o direito de pedir alimentos, o de pedir anulação de casamento e o de anular os atos que a mulher pratica sem autorização do marido ou que este exerce sem outorga uxória, quando tais formalidades são exigidas. No direito das coisas aparece a prescrição para extinguir a ação que se funda no direito autoral. Alcança ainda a prescrição o direito das sucessões como, por exemplo, nas ações de nulidade de partilha e de petição de herança.

Portanto, se a prescrição fere direitos que, pela classificação do código se acham distribuídos pelas quatro secções da parte especial, se contém matéria de aplicação comum a todas, em nenhuma bem colocada, não há como se reconhecer que seu lugar próprio é a parte geral.

O mesmo se dá com o usocapião, cuja função é, particularmente de consolidar a propriedade do objeto material pacificamente possuído por um determinado espaço de tempo.

Pela separação desses institutos, lembra finalmente o mestre, podiam ser além disso invocadas considerações de ordem históricas, visto como elles nasceram em épocas diversas e por modos diferentes se desenvolveram no direito romano e no germânico.

É inteiramente oportuna a citação de um trecho do discurso proferido por Bevilacqua perante a Comissão Especial da Câmara. Foram suas palavras: “Houve na ciência, com relação à prescrição, uma generalização precipitada, que Savigny (20) condenou — foi a generalização que tentou unificar a prescrição e o usocapião. Esta generalização fundava-se em indução falsa, porquanto a idéia central da prescrição é um transcurso do tempo, que por si só fere de morte o direito destruído-lhe o envólucro protetor da ação; e a idéia central do usocapião é a posse, que, prolongando-se pelo tempo determinado na lei, se transforma de fato em direito, de posse em propriedade.”

“Apurando e desenvolvendo esta crítica de Savigny, a ciência verificou que a prescrição, fazendo extinguir a ação, oferece uma feição de generalidade que não existe no usocapião, e esse princípio de generalidade faz com que devemos tratá-la

20) Savigny — *Traité de la Possession* — Traduit de l'allemand par Henri Ataetler — Bruxelles — 1893.

na parte geral, destinada às matérias de aplicação comum, reservando-se para o uso próprio um lugar na parte especial, onde êle se mostra como um dos modos de adquirir o domínio". (Carpenter, ob. cit., pag. 46).

Após o que foi dito com tanta clareza, lógica e senso jurídico pelo eminente mestre e autor do nosso código civil, nada mais é lícito aduzir, senão lembrar que êle se inspirou no atual direito germânico, que por sua vez hauriu os ensinamentos de Windscheld e dos grandes civilistas alemães — Endemann (21), Dernburg (21a.), Waechter (21b.), Unger (21c.).

-
- 21) Endemann, Carl — Staatslehre und Volkswirtschaft auf höheren Schulen — Boun — Verlag. von Friedrich Coben — 1895.
- 21a.) Dernburg, Arrigo — Diritto delle obbligazioni — Prima traduzione del tedesco sulla 6.^a edizione de Francesco Bernardino Cicala — con prefazione di O. Scialoja e G. P. Chironi — Torino — Fratelli Bocca — 1903.
- 21b.) Wächter, Carl Georg von — Zur Eeler seines fünfzigjährigen — Leipzig - 1869.
- 21c.) Unger, Giuseppe — ^{add} Sistemi del diritto privato generale austriaco — Prima versione italiana por Francisco Kirchmayer — vol. I — Zara — L. Massanti — 1878.

CAPÍTULO III

Fundamento Jurídico da prescrição extintiva e aquisitiva

Julgamos de necessidade abrir aqui lugar para mais algumas linhas, a fim de não deixar passar em branco outro interessante assunto, qual o do fundamento jurídico da prescrição extintiva e o da aquisitiva.

Escreve Almeida Oliveira (22) que disputam preferência, os motivos: 1.º Quanto à liberatória, remissão da dívida; 2.º Quanto à outra, derelicção da coisa, favor à posse, **ne dominia rerum in incerto essent**; 3.º Quanto às duas de uma vez, pena imposta à inação do credor ou do proprietário e obstáculo ao mal das ações e reclamações tardias; o legislador fixa termo ao exercício dos direitos, da mesma forma que estabelece as condições da legitimidade de um título de domínio ou de crédito.

Carvalho de Mendonça (23) em seu trabalho sobre as obrigações, é de opinião que a prescrição assenta na hipótese implicitamente formulada, de que a negligência prolongada importa em renúncia do direito.

O recurso da explicação hipotética de que lançou mão Carvalho de Mendonça (24) é criticado por Carpenter (25) que, com muita razão, afirma que tal método só deve ser empregado quando se ignore a explicação positiva.

Refutando o motivo da derelicção, de abandono da coisa, afirma Almeida Oliveira que ela converte a prescrição em

22) Oliveira, Almeida — Prescrição em Direito Comercial e Civil, Rio — 1914.

23) Carvalho de Mendonça, M. I. — ob. cit.

24) ibidem

25) Carpenter, ob. cit.

ocupação primária e, além disso, não é de se presumir que alguém renuncie aos seus direitos. Ao favor à posse, diz que proteção só merece o possuidor de boa fé; ao de má fé cabe unicamente a repressão que provoca o seu procedimento. Quanto ao interesse da sociedade em não deixar incerto o domínio das coisas, que devia ceder sempre que se apresentasse o verdadeiro proprietário do fundo prescrito. A pena imposta à negligência do credor ou do proprietário, ainda que imaginada para conciliar a prescrição com a equidade, não deixa, a seu vêr, de ser iníqua.

O direito de cobrar é uma faculdade e não uma obrigação e na verdade o credor e o proprietário sofrem antes a consequência de sua culpa, que o rigor de uma penalidade.

Carpenter (26) acha que Almeida Oliveira (27) foi obscuro no capítulo “Motivos da Prescrição,” de seu trabalho. Nós achamos que êle foi mais contraditório que confuso, pois, após declarar que o interesse social de não deixar na incerteza o domínio das coisas deve ceder ao verdadeiro proprietário, conclui que pudesse o proprietário em qualquer tempo atacar a posse e reivindicar o seu direito, à sociedade faleceria a base que tem na propriedade, como meio de assegurar ao homem a consecução de seu destino terrestre.

A prescrição é uma exigência social, sem ela não se conseguiria manter a ordem social. Se no entender de Justiniano, ela conduz a resultados pouco acordes com a equidade, se há interesses que possam ser lesados, sem ela não há segurança nos negócios, nem estabilidade nos patrimônios particulares, nem paz entre as pessoas, nem ordem no Estado. Se há, portanto, interesses que possam ser lesados, devem ceder à necessidade de se manter a ordem social.

Mourlon (28) ensina que:

“La prescription est donc injuste quelquefois. Mais, l'intérêt général, auquel l'intérêt particulier est toujours subordonné, exigeait impérieusement que l'on fixait un terme, après lequel il ne fut plus permis d'inquieter les possesseurs, de rechercher des droits trop longtemps négligés. Autrement, on eut, sous prétexte d'équité, donné ouverture a une infinité de

26) Carpenter — ob. cit.

27) Oliveira, Almeida — Prescrição em Direito Comercial e Civil, 1914.

28) Mourlon, M. Frederic — Répétitions écrites sur le Code Civil — Paris — 1877.

contestations; on eut rendu la propriété incertaine; tout eut été mis en question, et les droits les plus légitimes eussent été compromis. Une institution n'est pas odieuse parce qu'elle peut, dans certains cas, causer quelque mal particulier, Quelle est la règle générale qui n'est sujette à quelques inconvénients? Si, vous plaçant à un point de vue élevé, vous considérez combien la prescription est utile e le bien qu'elle procure, vous ne serez pas étonné qu'on l'ait appelée **Patrona Generis Humani**".

E acrescenta o mesmo autor: "La loi passe sur l'indignité de la personne qui possède de mauvaise foi, en faveur de la tranquillité publique que procure cette prescription".

O que é certo é que a perda da ação atribuída a um direito foi estabelecida, não em benefício do obrigado, mas no interesse da sociedade.

E pode-se afirmar que de tôdas as instituições do direito civil, a prescrição é a mais necessária à ordem social.

Esse conceito que é elementar, melhor resulta afirmado da lição de Baudry-Lacantinerie et Tissier (29), in verbis:

"Sans elle (la prescription) il n'y aurait plus de securité dans les transactions, plus de stabilité dans les fortunes privées, plus de paix entre les particuliers, ni d'ordre dans l'Etat".

se possuir um coisa absoluto, poderia
"A propriedade, não é senão obra da lei que a garante com a sua Almeida Oliveira (30), estaria sujeita a evicções imprevistas, porque, não se podendo negar a propriedade àquele que se apoderasse da coisa encontrada na natureza, a todo tempo era possível surgir um possuidor mais antigo, e assim não passaria de méra posse, a propriedade; e, para determinar a origem e assim a legitimidade da posse, precisaria a justiça remontar a séculos o que se tornaria impossível.

É decisivo o argumento de Laurent (31) quando escreve: "A propriedade não é senão obra da lei que a garante com a sua sanção. Tire-se esta e a propriedade não passará de posse. Ora, posse por posse, tão boa é a do proprietário como a do possuidor. Direitos como são os de posse contra posse, qual dos

29) Baudry-Lacantinerie et Tissier — Theorie et Pratique de Droit Civil — De la Prescription Paris — 41ème édition — 1924.

30) Oliveira, Almeida — ob. cit.

31) Laurent — Principes de droit civil français.

dois deve a lei proteger? Não há negar que a mesma razão, pela qual a lei garante a posse do proprietário, milita em favor do possuidor”.

Quando não houvesse a favor da prescrição, outro motivo que o da utilidade pública de assegurar o repouso dos possuidores, seria justo impedir que a propriedade das coisas permanecesse em suspenso, como muito bem diz Domat. (32).

Tudo deve ter um fim, escreve Troplong (33), ao encerrar a nota 13 do seu comentário ao artigo 2.129 do código francês, e o Estado é interessado em que os direitos não fiquem por muito tempo em suspenso.

Em verdade, é necessário, escreve Thiry (34), que haja um tempo em que, o que existe, só porque existe, seja declarado legítimo e seja havido por bom, sem o que, é de se imaginar que processo se levantaria sobre toda a superfície do globo.

O mesmo princípio se aplica à prescrição extintiva. O direito creditório, como salienta Almeida Oliveira (35), é como a propriedade, um direito natural. Se fosse absoluto, poderia o credor exigir em todo tempo seu pagamento. Assim como seria impossível remontar à primeira posse, da mesma forma não se tornaria possível a justiça perquirir se uma dívida vencida há um século, foi paga em seu vencimento.

Do exposto, finalmente, se conclui que, não se deve, que não se pode conceder ao direito, potencialidade absoluta, por ser contrário ao interesse comum; o poder de ação conferido pelo Estado ao direito, não deve, não pode, como outrora já haviam compreendido os romanos, ser perpétuo.

32) Domat — *Des lois civiles dans leur ordre naturelle* — Paris — M.DCC.LVI.

33) Troplong — ob. cit.

34) Thiry — *Droit Civil* — Paris — 1886.

34) Thiry — *Droit Civil* — Liège — 1843.

CAPÍTULO IV

**USOCAPIÃO - modo originário
ou derivado de aquisição?**

Pontes de Miranda (36) em magistral lição, ensina:

“Na **história dos titulares do direito de propriedade**, atende-se ao momento da aquisição, e só a êle: é ao título que se há de chamar **originário**, ou **derivado**. Por isso mesmo, não se indaga se a coisa teve dono, em momento que não foi o **imediato** anterior ao em que se adquire. Se herdei, adquiri a título derivado: o que era sujeito da relação jurídica de domínio, deixando de o ser, permitiu que eu lhe sucedesse, e o meu título tem **autor** (como em “chamamento à autoria”, Pereira e Sousa, **Primeiras Linhas sôbre o Processo Civil**, I, 118: Autor neste sentido se diz áquele de quem o réu recebeu a coisa, isto é, de quem ~~em~~ houve a coisa que possui, e em cujos direitos sucedeu, ou por título universal, como o do herdeiro, ou por título particular, como o de donatário, comprador ou outro semelhante”). **Se meu título não tem autor, o meu título é originário.** (O grifo é nosso)

Na técnica jurídica, dois são os modos de adquirir: originário e derivado. Os escritores nem sempre estão acordes no determinar êsse aspecto da aquisição, e lavra grande discórdia no conceito.

Pontes de Miranda (37) chama a atenção dos estudiosos, recomendando todo cuidado em “lêr-se o que os escritores dizem”.

Na realidade, até hoje, ainda se discute se o usucapião é meio originário ou derivado de aquisição.

36) Pontes de Miranda — Tratado de Direito Privado — Direito das Coisas, vol. 11.
37) *Ibidem*.

Pontes de Miranda (38), para conceituar o assunto, parte do princípio de que devemos distinguir a **história da coisa móvel** e a **história da coisa imóvel**; a aquisição da propriedade imóvel é originária se nunca (memorialmente) foi a coisa objeto de tal propriedade: ao adquirí-la alguém, não há lembrança (jurídica) de que outrem tenha sido, em algum tempo, titular de relação jurídica de domínio em que essa coisa fosse **objeto**. Se alguém, algum dia, o foi, a aquisição é posterior. Aqui, entram razões filosóficas, de ordem econômica ou psicanalítica para que os juristas se dividam entre a) os que partindo da **imortalidade do direito de propriedade**, somente admitem que se perca o bem imóvel quando outrem o adquire: nem vazio nem ressurreição (nas próprias ressurreições haveria alusão à morte, à vaziez provocada pela derelicção); e b) os que permitem que morra a relação jurídica de propriedade, e mais tarde, ou nunca, outrem se insira em relação nova, que então nasça”.

Opinando o referido autor se o usocapião é modo originário ou derivado de aquisição, aplica à hipótese os conceitos acima, explicando que “se se adotam os conceitos de a, a (sic) usocapião pode ser que seja, e é provável que seja, derivada; se se adota b, é originária”.

Já vem de longe a preocupação de afirmar ser o usocapião um modo originário ou derivado de aquisição. Ortolan (39) ensina que “l’usucapion etait dans le droit primitif au nombre des moyens originaires d’acquérir civilment de domaine romain”.

Filomusi Guelfi (40) considera que “perché una cosa possa diventare mia, e si essa entra nella mia signoria, sia tale da potere dare origine o causa al diritto stesso, e quindi sia riconosciuto dal diritto obiettivo o dalla legge. Questi fatti o cause diconsi **modi de acquisto (modus acquirendi)**. Quando la proprietà si acquista, senza che essa dipenda, o sia trasmessa, o dalla volontà dell’antecedente proprietario, o dalla legge, che stabilisca tra l’antecedente proprietario ed il susseguente un rapporto di successione, si ha il modo originario di acquisto. Invece se si ha tale dipendenza, trasmissione, ou successione del diritto di proprietà, si ha il modo di acquisto derivato. Il primo

38) Idem, idem.

39) Ortolan & Bonnier — *Legislation Romaine* — Paris — 1876.

40) Filomusi Guelfi, Francesco — *Enciclopedia Giuridica* — 7.^a Edizione riveduta ad ampliata — Napoli — 1917.

modo di acquisto originario è l'occupazione, la quale presuppone una *res nullius*. Questo modo di acquisto si rivelò come importante nei tempi primitivi, nei quali l'abbondanza delle cose, prive di alcun padrone determinò la garanzia nel primo occupante; ma non trova che una ristretta applicazione del diritto moderno. L'acquisto della proprietà mediante il possesso continuato per un certo tempo definito dalle legge (usucapio) è un altro importante acquisto originario.

O nosso Código Civil, em seu art. 530, n. III considera o usocapão meio de adquirir a propriedade e consoante a interpretação mais consentânea com a natureza da disposição legal, o usocapão é meio originário de aquisição, eis que o possuidor adquire a **non domino**.

É certo que é assunto controvertido entre os civilistas se o usocapão é modo de adquirir, originário ou derivado. Poderíamos alinhar uma série de juristas que se degladiam a respeito do assunto.

Lafayette (41) entende que o usocapão é modo originário de adquirir e aduz que esse conceito se extrai da definição dada ao usocapão pelos romanos: "Usucapio est adjectio domini per continuationem possessionis temporis lege definit". (42)

Lacerda de Almeida (43) opina, ao contrário, que o usocapão é modo derivado de adquirir.

Há quem queira ver a possibilidade de ocorrerem as duas hipóteses, ou seja, o usocapão sem modo originário e derivado de aquisição. Assim é que o Egregio Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, em Acordão prolatado na Ap. 951, (44) decidia que: a) quando se trata de terras devolutas, o usocapão é modo originário de adquirir, porque a posse mansa e pacífica resulta de "ocupação primária" e, neste caso, o domínio, assim adquirido, "começa de existir com o ato, de que diretamente resulta, sem relação de causalidade com o estado jurídico de coisas anterior"; b) quando, porém, se trata de terras do domínio particular (Cod. Civil, art. 65, 2.^a parte) o usocapão, neste caso, é modo derivado de adquirir, porque "supõe domínio anterior e o proprietário sucede àquele de quem recebeu o domínio". (Lacerda de Almeida, ob. cit.).

41) Lafayette — Direito das Coisas, vol. I, § 32.

42) Dig. Fr. 3 — de usurp.

43) Lacerda de Almeida — Direito das Coisas, vol. I, § 14. — Rio — 1908.

44) Revista Forense, vol. 98, Ano XLI, pag. 133.

Parece-nos que a boa doutrina está com aqueles que consideram o usocapião modo originário de aquisição. A força dêsse instituto não se origina da transcrição, eis que a sentença que o afirma, é apenas declarativa, e nunca atributiva de direitos, isto é, o exercício do direito, por parte do titular do usocapião, não deriva da transcrição, mas do usocapião mesmo — o que constitui, evidentemente modo originário de aquisição.

A jurisprudência vem se orientando no sentido de considerar o usocapião modo originário de aquisição, o que está conforme à própria literalidade do texto legal.

Estamos, pois, com a boa razão, quando entendemos que o usocapião é modo originário de aquisição, não só pela letra do Código Civil, como pela natureza jurídica do instituto, dês seus primórdios.

CAPÍTULO V

Da oponibilidade do usucapião,
erga omnes, independente de
sentença e sua transcrição.

A t ese não   pacífica. Se de um lado, militam razões de ordem doutrinária, hauridas d s os primórdios do instituto, de outro, existem opiniões autorizadas de juriconsultos de pr l e decisões de vários tribunais discordando da matéria.

Poder-se-ia alegar que, havendo jurisprudência do Supremo Tribunal, Roma locusta, sublata causa...

Mas, a questão deve ser situada em um plano doutrinário, pois, em que p se o aparente argumento baculino da existência do pronunciamento do Tribunal Supremo, é bom acentuar que   êste mesmo Tribunal, pela voz autorizada de um de seus mais conspícuos membros, Ministro Orozimbo Nonato, em relatando o Recurso Extraordinário n.  8.952, in Revista Forense, vol 122, março de 1949, quem afirma:

“Como, entretanto, ao propósito da exigência de sentença transcrita para alega o de prescri o aquisitiva lavra discordia na jurisprudência, conheço do recurso, etc.”

Assim, não é a matéria isenta de d vidas e se a isto acrescentarmos as consequências que se podem originar do decisório, em rela o ao usocapião, ordinário ou extraordinário, bem como em rela o a terceiros, s be de ponto a gravidade da matéria jurídica em estudo.

Várias indaga es poderiam ser formuladas, verbi gratia:

— Aplica-se a t se, indistintamente, ao usocapião ordinário e extraordinário?

— Em caso de ter sido alienado o imóvel usocapido, por quem se julgava seu proprietário, poderá o possuidor opôr o usocapião, antes da sentença que o declare e sua transcrição, ao terceiro de boa fé que tem seu título de aquisição transcrito no Registro Imobiliário?

I — Usocapião ordinário e extraordinário.

Carvalho Santos (45) explica que: “o usocapião pode ser ordinário quando se consuma por três, dez ou vinte anos e extraordinário, quando se completa em trinta. A prescrição imemorial, isto é, aquela que se funda em posse, de cujo comêço não há lembrança entre vivos, constitui antes uma presunção de aquisição legal do que uma terceira forma de usucapião”.

Usocapião extraordinário.

.. Assim, a prescrição extraordinária, ou seja a de trinta anos, não exige título ou boa fé, para sua ocorrência. A simples decorrência de prazo estabelecido em lei (atualmente, vinte anos — Lei n.º 2.437, de 7.3.55) importa ao possuidor do imóvel para adquirir a propriedade.

O art. 550 — in fine, diz: “podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para a transcrição no registro de imóveis”.

Induz-se claramente, e êste é o pensamento dos mais sensatos juristas, que não é dessa transcrição que deriva o domínio, mas do usocapião mesmo que é modo originário de aquisição de domínio. A transcrição é méra formalidade legal, facultativa ao possuidor que teria interêsse apenas em promovê-la, em caso de querer dispôr do imóvel. Nessa hipótese, necessitaria êle de transcrever seu domínio, já conseguido pelo usocapião, afim de poder usar do **jus disponendi**.

A transcrição, nêsse caso, seria simplesmente declaratória de um direito que preexiste, inerente ao possuidor, de quem não se pode despregar por qualquer motivo. A transcrição não cria direitos, nem atribui domínio. É ela mèramente declaratória, como dissemos, e não atributiva de direitos, isto porque o usocapião é modo original de adquirir (art. 530, n.º III, Cod. Civ.) e não prova legal de aquisição, como querem alguns.

45) Carvalho Santos — ob. cit. — vol. VII.

O usucapião, como causa aquisitiva de propriedade imóvel, opera a aquisição de propriedade por si mesma, independente da sentença que a reconhecer e do registro desta. Se, como se alega, com apoio em Carvalho Santos (46) o usucapião só opera a aquisição de domínio após a transcrição da sentença que o reconhecer, então não seria êle causa de aquisição, como estatui o art. 530, III, do Código Civil; a causa seria, em tal hipótese, a transcrição. Mas, como tem sido explicado, à saciedade, por Clovis (47) e Sá Pereira (48), entre outros, a propriedade se adquire pela força mesma do usucapião, de sorte que, verificados os requisitos dêste, o possuidor se torna, de pleno direito, proprietário da coisa. Entretanto, não se achando esta transcrita em seu nome, não poderá o adquirente aliená-la, ou dela dispôr por qualquer meio; e é para isso, para tornar possível a disponibilidade da coisa, que se torna necessária a transcrição que, por sua vez, só pode ser feita à vista da sentença que reconhecer o usucapião.

O reconhecimento do usucapião pela sentença judicial e a transcrição desta no registro imobiliário, não tem por fim transferir o domínio, já transferido e adquirido pela posse de vinte anos, sem interrupção, nem oposição. A transcrição da sentença declaratória, visa apenas um efeito de publicidade, para prevenir, em alguns casos, a boa fé de terceiros e assegurar a continuidade do registro, estabelecendo o encadeamento das transmissões.

Assim sendo, é lógico e decorre da disposição taxativa da lei, que, sendo o usucapião modo originário de adquirir a propriedade, sua força dimana de si próprio, e como tal pode ser oposta, na ação, para resguardar os direitos já adquiridos do possuidor.

Entretanto, duas hipóteses podem ocorrer ao possuidor usucapiendo, na defesa de seu direito:

I — ação do proprietário, contra o possuidor do imóvel usucapiendo;

II — ação do terceiro, de boa fé, adquirente, contra o possuidor do imóvel usucapiendo.

46) Carvalho Santos — *Ibidem*.

47) Clovis — *Ob. cit.*

48) Sá Pereira, Virgílio de — *Manual do Código Civil*, vol. VIII.

I — Ação do proprietário contra o possuidor do imóvel usocapiendo.

Na hipótese acima, intentada a ação do proprietário contra o possuidor, dúvida não há de que este poderá opor-lhe o usocapião, fazendo, assim, ilidir a ação.

Conforme já demonstramos acima, a exigência da sentença “declaratória” do usocapião e sua transcrição só se faz mister em caso de querer o possuidor dispor da coisa, mesmo porque, ao usocapião, afinal, pode-se-lhe atribuir uma dupla virtualidade: confirmar a transferência do domínio preexistente, suprindo-lhe a falta de prova e constituir força direta ou causa geradora do domínio, sanando os vícios da aquisição.

É de se entender que, na hipótese configurada, referimos ao usocapião extraordinário que, antes do Código Civil era de 40 anos, passando com o Código a ser de 30 anos e afinal, pela lei 2.437, de 7 de março de 1955, reduzido a 20 anos.

Entende-se que, no caso de usocapião ordinário, isto, 15 anos (lei cit.) o usocapião exige justo título e boa fé, além do decurso do prazo marcado por lei.

De qualquer maneira, em um ou outro caso, cumprido o prazo, satisfeita a exigência da lei, independe de qualquer pronunciamento ou reconhecimento da justiça a validade da oposição apresentada pelo possuidor, através do usocapião, contra quem quer que lhe moleste ou conteste a posse.

Como já vimos, juristas de pród reconhecem que a controversia não se apresenta tão destituída de percalços.

Julgados há e doutrina se tem escrito, afirmando a não possibilidade de se apresentar o usocapião como matéria de defesa, capaz de repelir qualquer intento contra o possuidor da coisa.

Não precisaríamos ir longe. Lafayete (49) afirma que não é dado ao réu repelir o pedido do autor, alegando haver adquirido domínio pela prescrição aquisitiva — pelo usocapião — acrescentando que, para que seja possível ao réu invocar o usocapião da coisa, como defesa, há mister que apresente pro-

49) Lafayete — Ob. cit.

va de haver transcrito no Registro Imobiliário a sentença declaratória de aquisição do domínio por usocapião.

Carvalho Santos (50) afirma que não se opera a transcrição da propriedade, pelo usocapião, sem que haja a transcrição da sentença, não bastando que o usocapião esteja consumado. Cita, em seu abono, jurisprudência constante de Revista Forense, vol. 46.

Coima, assim, a doutrina contrária, de ofensora da própria literalidade do texto legal.

Licurgo Leite (51) afina pelo mesmo diapasão.

Entre outros, o Tribunal de Justiça da Bahia, em Acórdão reformado pelo Supremo Tribunal Federal, no Rec. Extr. n.º 10.544, (52) alinha-se entre os que defendem a literalidade do texto legal, exigindo uma condição de sentença e sua transcrição afim de que possa o usocapião valer como força de oposição a quem intentar contra o domínio do possuidor.

Acertado é o Parecer de Francisco Morato (53) quando enuncia, com absoluta clareza: “Se é certo que a propriedade não se perde diretamente pelo não uso da coisa, certo é que se perde obliquamente, pelo uso de terceiro. Não se perde pela prescrição extintiva, oriunda da simples inércia do proprietário; mas, perde-se pela prescrição aquisitiva, ou usocapião, resultante da posse exclusiva de terceiro. É vulgar a distinção entre as duas espécies de prescrição, no conceito e elemento preponderante e efeitos; numa e noutra se faz sentir o elemento gerador e o elemento extintor. Na aquisitiva, predomina a força que cria; na liberatória, a força que extermina; opera aquela, criando direito em favor de um novo titular e por via obliqua, extinguindo a ação, que para a defesa do direito tinha o titular antigo; atua esta, extinguindo a ação que tem o titular e, por via de consequência, eliminando o direito pelo desamparo da tutela legal. Na reivindicatória, o reivindicante perde o domínio e respectiva ação, não diretamente pelo uso da coisa, mas indiretamente, em razão do fato de **terceiro arrebatar-lhe pela posse o domínio da coisa**. “A posse, revestida das condições legais, gera o domínio “erga omnes”; pelo

50) Carvalho Santos, *Ibidem*, vol. VII.

51) Licurgo Leite — Cod. Civil Bras. 1923.

52) Arq. Judiciário, vol. 96, p. 292.

53) Revista dos Tribunais, vol. 166, p. 475.

que é lícito ao usocapiente, quando demandado em instância petitoria, por um proprietário titulado, repelir a ação com só fundamento na posse. Por isso é que, na ação de reivindicacão, pode o réu opor a defesa peremptoria da posse trintenária; contra o que só é possível ao autor redarguir, invocando a ausência de continuidade e pacificidade dessa posse. Isto está escrito e disposto no art. 530, III do Código Civil: o usocapião é um modo de adquirir domínio. Cabe, portanto, ao usocapiente defender-se em instância petitoria de reivindicacão, alegando domínio adquirido por prescriçã, como caberia alegando qualquer outro modo de aquisicão”.

Assistia razã a Teixeira de Freitas (54) quando afirmava — O direito é causa — a açã é o seu efeito. Aniquilado o direito pela prescriçã — o efeito não é possível. Aniquilada a açã pela prescriçã, a causa deixa de ser fecunda.

Verificada, pelo jurídicos argumentos acima, a procedência da doutrina que considera o usocapião modo originário de adquirir, podendo ser oposto, em defesa do direito do possuidor, independente de sentença e sua transcriçã, ressurgem duas hipóteses. A primeira diz respeito à diversidade de maneiras de adquirir, pelo usocapião. No usocapião extraordinário, exime-se o possuidor de justo título e boa fé. Esta se presume ou nem isto — dela não se cogita. Aquêl deflui da própria decorrência do prazo. A decorrência do prazo é por si um título para a aquisicão. Título não é só todo instrumento público e particular que afirma um direito ou uma qualidade, mas é, de certo, todo **ato jurídico**, ou seja um “acto lícito tendo por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos” (cod., art. 81).

Assim, posse incontestada e ininterrupta, por 20 anos, outorga um título ao possuidor, título que deflui do decurso do prazo.

Já não ocorre, assim, no usocapião ordinário, em que o possuidor, além de sua posse de 10 anos, entre presentes e 15 entre ausentes, é-lhe mister apresentar justo título. Em matéria de prescriçã aquisitiva ordinária, diz Ary A. Franco (55) não basta, entretanto, ter título, é preciso tê-lo justo... Ele será o título hábil a transferir o domínio, será um título translativo de propriedade.

54) Teixeira de Freitas — Nota à Doutrina das Acções de Correia Telles.

55) Ary Franco — A Prescriçã extintiva no Cod. Civil Brasileiro.

A segunda hipótese a ventilar, de caráter mais prático, é a indagação sôbre a aplicação da lei nova em usocapião, em face da recente lei 2.473, de 7 de março de 1955, em vigor desde 1.º de janeiro de 1956 e que reduziu os prazos de usocapião ordinário, para 10 e 15 anos, respectivamente, entre presentes e ausentes.

Não tendo a lei resolvido expressamente as questões sôbre prescrição iniciada no domínio das leis anteriores se ainda não acabada quando entrou em vigor a lei nova, fôrça é procurar solução na teoria geral do direito civil.

Clovis (56) entende que se o prazo da lei nova é mais curto que o da lei anterior, deve-se calculá-lo segundo o termo novamente estabelecido “não computado o tempo decorrido no domínio da lei anterior; o tempo anteriormente decorrido só se conta quando o novo prazo é mais longo.

Esta lição que tem sido aceita em vários julgados, diz Clovis que é racional e se apoia nos ensinamentos de Gabba (57). Não é verdade. Gabba não aplaude este princípio; reprodu-lo como regra de legislação positiva italiana de 1865, acrescentando: “per veritá questo principio non é rigorosamente rationale”.

Se é eqüidade computar o tempo decorrido na vigência da lei anterior quando o novo prazo é “mais longo” que o antecedente, como ensina o próprio Clovis, mais de eqüidade é ainda computá-lo, ao que nos parece, quando o novo prazo é “mais curto”. Isto é que é racional, segundo observa Windscheid (58); o direito novo só exige que um determinado estado de coisas haja durado um certo tempo, mas não que tenha durado um certo tempo sob seu império.

Esta é a doutrina científica, de rigor entre nós, nos termos do art. 6.º da Introdução do Código Civil Brasileiro. Assim ensinaram Reynaldo Porchat (59), Spencer Vampré (60) e o confirma Oscar Tenório (61). Não colhe o raciocínio de que o usocapião quando invocado e reconhecido é o “único título” de

56) Clovis — Teoria Geral do Direito.

57) Gabba — Teoria della retroattività delle leggi in materie civile.

58) Windscheid — Ibidem.

59) Porchat, Reynaldo — Da Retroatividade das Leis Civis.

60) Vampré, Spencer — Interpretação do Código Civil Brasileiro.

61) Tenório, Oscar — Lei de Introdução ao Cod. Civ. Brasileiro.

transmissão. Tem este instituto dupla função, conforme já vimos acima.

Quando considerado e definido “como modo de adquirir domínio pela posse sob certas condições” tem o instituto esta dupla finalidade dentro de sua própria construção jurídica, dupla finalidade que os grandes intérpretes lhe reconhecem e assinalam, a despeito de seu conceito: Lafayette (62), Lacerda de Almeida (63), Planiol (64).

Em face da lei, o usocapião é sempre reputado modo de aquisição, e atuando como suprimento de prova ou causa geradora do direito, constitui sempre o instrumento do domínio.

A lei não repele a dúplice finalidade; consagra o instituto na sua consequência de figura instrumentária, quer operando de um jeito, quer de outro. Isto está no texto do art. 550 do Código Civil.

II — Oponibilidade do usocapião à ação proposta por terceiro

Já vimos acima que o possuidor usucapiente poderá opor o usocapião, com sucesso, contra o proprietário, independente de sentença que o declare e sua transcrição no Registro Imobiliário.

Entretanto, no caso de o autor da ação contra o possuidor ser o terceiro adquirente de boa fé, com título transcrito no Registro Imobiliário, prevalecerão as mesmas vantagens e direitos atribuídos até aqui ao possuidor usocapiente?

A questão é por demais controvertida e se entrosa, em nosso direito, com os princípios estabelecidos a respeito da validade absoluta e relativa do registro imobiliário, na sistemática do direito brasileiro.

O assunto tem sido, igualmente, controvertido na jurisprudência. De um lado, decisões, como as do Tribunal de Minas Gerais, in Arq. Judiciário, vol. VI, pag. 354 e do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, in “Revista de Direito”, vol. XCVI, p. 310, emprestam valor probante absoluto à transcrição no Registro Imobiliário, afirmando esta última decisão que o

62) Lafayette — *Ibidem*.

63) Lacerda de Almeida — *Ibidem*.

64) Planiol — *Ibidem*.

“terceiro que adquiriu um imóvel cujo transmitente tinha seu título regularmente transcrito, fica ao abrigo de possíveis ataques, posteriormente feitos, visando a validade da transcrição e existente no momento em que êle fez a aquisição e, como terceiro de boa fé, tem o seu domínio garantido, desde que, a seu turno, haja feito transcrição de seu título aquisitivo”.

De outro lado, acórdãos, como os do Tribunal do Rio Grande do Norte, in “Revista dos Tribunais”, vol. 153, p. 639 e Tribunal de Apelação do Estado do Rio de Janeiro, in “Revista dos Tribunais”, vol. 170, p. 330, firmam a doutrina do valor relativo da transcrição, ou presunção **juris tantum** do domínio.

Filadelfo Azevedo (65) registra que a doutrina da validade absoluta do registro com respeito a terceiro de boa fé, já está recebida em algumas sentenças.

Em sendo assim, o assunto merece a meditação do jurista, que deverá procurar uma solução com base em argumentos jurídicos hauridos, não só na doutrina, como no pêso da melhor jurisprudência.

O que se antolha de mais importante para a solução do caso será indagar se, na realidade e em face à intenção do Código Civil Brasileiro, a transcrição do título no registro imobiliário possui validade absoluta ou seja uma **praesumptio juris et de jure**, a favor daquele que o transcreveu.

Como já vimos acima, a jurisprudência tem sido vacilante e a matéria tem tido em pról julgados valiosos de um e outro lado.

Na doutrina, igualmente, vemos a divisão dos juristas a manterem pontos de vista antagônicos e irreductíveis.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em Acórdão de 5 de junho de 1942, in “Revista dos Tribunais” vol. 142, referindo-se ao dissídio aberto sôbre a matéria, afirma: “Agita-se, nestes autos, a questão de saber se a presunção que decorre do art. 859 do Código Civil é **juris et de jure** ou **ad juris tantum**, ou seja, se não admite ou admite a prova em contrário. A matéria foi tratada com indiscutível mestria pelas partes contendoras e está sintetizada magnificamente nos acórdãos conflitantes que polarizam as duas correntes em que se dividem, nesta matéria, a doutrina e a jurisprudência.

65) Azevedo, Filadelfo — Registros Públicos.

“Em pról do acórdão recorrido que acolheu a primeira opinião, citam-se: Lisipo Garcia, **A Transcrição**, pag. 121; Filadelfo Azevedo, **Reg. Públicos**, n.º 118; Almeida Prado, **Transmissão da Propriedade**, pag. 189; Carvalho dos Santos, **Código Civil Brasileiro Interpretado**, nota ao art. 859; Paulo de Lacerda, Astolfo Rezende, Reynaldo Porchat, Arnolfo de Medeiros e Clovis Bevilaqua, citados por Lisipio Garcia, pags. 11 a 13; Arnolfo Fonseca, **Rev. dos Tribunais**, 107/441; Galdino Siqueira, “**Rev. de Direito**”, 94/309”.

“Alinham-se entre os que sustentam os acórdãos apontados como divergentes: Soriano Neto, **Publicidade Material do Registro Imobiliário**; Cunha Barreto, **Rev. dos Tribunais**, 127/383; Alipio Silveira, **A Boa Fé no Direito Civil**, pag. 113; Otávio Moreira Guimarães, **A Boa Fé no Direito Civil**, pag. 50; Orozimbo Nonato, **Rev. Forense**, 79/301”.

A controvérsia gira, assim, em tórno da questão jurídica de saber se o art. 858 do Código Civil Brasileiro gera uma presunção “*juris et de jure*” a favor do terceiro de boa fé, a título oneroso; ou, ao contrário, se do citado dispositivo legal decorre apenas uma presunção **ad juris tantum**, ainda que se trate de terceiro adquirente de boa fé, a título oneroso.

O art. 859 do Código Civil Brasileiro reza: “Presume-se pertencer o direito real à pessoa em cujo nome se inscreveu ou transcreveu”.

O Código Civil Brasileiro aproximou-se do sistema alemão, atenuando-lhe, de muito, o rigor. Assim é que, enquanto no sistema alemão, pelo art. 892 do B. G. B., a transcrição tem valor absoluto; só é proprietário aquele em cujo nome se acha transcrito o imóvel — o direito brasileiro filiou-se ao germânico, mas suavizou o seu rigor.

No direito brasileiro, é verdade, a transcrição é indispensável para a aquisição do domínio; mas confere apenas uma presunção de propriedade que pode ser destruída por prova em contrário.

O art. 859 conceitua, de conseguinte, não uma **praesumptio juris et de jure**, mas **ad juris tantum** que cede diante de prova em contrário.

Pode o imóvel achar-se transcrito em nome de determinada pessoa, sem que o mesmo lhe pertença. Poderá ocorrer que

o adquirente tenha comprado a **non domino**, ou seja, de pessoa que não era o titular do direito.

Embora, transcreva seu título aquisitivo, a transcrição não lhe conferirá a propriedade. Daí, porque n'ua ação de reivindicação, o autor necessita provar a filiação de seus títulos pelo prazo de 20 anos (Lei 2.437, de 7.3.55), afim de comprovar a legitimidade de seu domínio, não lhe bastando apresentar a prova de sua transcrição; é preciso demonstrar que seus antecessores eram legítimos donos e podiam, assim, legitimamente alienar.

Daí, a aplicação da máxima “**nemo plus jus ad alium transferre potest quam ipse habet**”.

Copiosa jurisprudência vem em acôrro de nosso modo de pensar: Acs. S. T. F. — Recs. Extrs. 2.850, in “Rev. Forense”, vol. 78/272; n.º 3.794, in “Rev. de Direito”, vol. 141/38; n.º 8.478, in “Arq. Jud.”, vol. 81/204; n.º 10.321, in “Rev. Forense”, vol. 106/291; n.º 9.563, in “Rev. Forense”, vol. 109/108; n.º 10.182, in “Arq. Jud.”, vol. 86/359; n.º 9.693, in “Rev. Forense”, vol. 125/120; n.º 10.893, in “Arq. Jud.” vol. 94/210; n.º 16.454, in “Arq. Jud.”, vol. 94/313; Ac. do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, n.º 590, in “Arq. Jud.”, vol. 75/272; Acs. Tribunal de Apelação de Minas Gerais, n.º 7.110, in “Rev. Forense”, vol. 57/34; n.º 7.513, in “Revista Forense”, vol. 57/147; n.º 7.721, in “Rev. Forense”, vol. 57/142; n.º 8.627, in “Rev. Forense” vol. 71/331; Acs. do Tribunal do Rio Grande do Norte, n.º 682, in “Rev. do T. A. do R. G. do Norte”, vol. II/369; in “Rev. dos Tribunais”, vol. 153/639; Ac. do Tribunal de Apelação do R. G. do Sul, in “Arq. Jud.”, vol. 43/165; Ac. do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, in “Rev. dos Tribunais”, vol. 170/330; Acs. do Tribunal de Justiça de São Paulo, n.º 16.905, in “Rev. dos Tribunais”, vol. 76/372; n.º 5.921, in “Rev. dos Tribunais”, vol. 123/179; n.º 17.157, in “Rev. dos Tribunais”, vol. 144/646; n.º .. 31.063, in “Rev. dos Tribunais”, vol. 168/611.

Confirma-se, assim, que a tendência manifesta é para considerar a transcrição imobiliária, entre nós, como gerando apenas uma presunção **ad juris tantum**. É verdade que Sá Pereira (66) escreve: “o autor do projeto do nosso Cod. Civil quis, confessadamente, instituir o sistema germânico, mas não o aceitou o Congresso, movido das razões aduzidas por Teixei-

ra de Freitas, na **Introdução à Consolidação das Leis Cíveis** e reeditadas pelo Sr. Andrade de Figueira, na discussão do projeto, mas, sobretudo, atendendo à situação de nossa propriedade, não só não cadastrada, como perenemente, impossível de cadastrar. Do choque entre a orientação do codificador e a do Congresso resultou um sistema um tanto heteróclito, no qual a transcrição é modo de adquirir e, no entanto, vale como tradição solene, de forma que, como esta, não tem força de purgar o domínio e forrar o adquirente à reinvidicação”.

Sendo assim, não é possível que o terceiro de boa fé possa escapar a essa condição e fazer valer a sua transcrição, mesmo em caso de anulação do registro imobiliário, ou mesmo em caso de se opor às suas pretensões o possuidor, munido de seu título de aquisição através do usucapião consumado, seja o ordinário, seja o extraordinário.

De certo “se o legislador, observa Augusto Cesar, citado por Soriano Neto (67) queria garantir os terceiros adquirentes de boa fé contra as pretensões dos prejudicados pelas infidelidades do registro, devia ter consignado essa proteção em disposição expressa. Não o tendo feito, aplica-se à matéria do art. 860 combinado com os princípios gerais, de que decorrem consequências diversas do que teriam tido em mira os autores do Código Civil”.

E isto porque o art. 860 do Código Civil Brasileiro estatui: “Se o teor do registro de imóveis não exprimir a verdade, poderá o prejudicado reclamar que se retifique”.

Portanto, pela própria lei, o terceiro de boa fé perderá a aquisição, desde que o prejudicado promova a retificação do registro, por não traduzir a verdade.

A presunção do registro não é, assim, **juris et de jure**, de efeitos absolutos, mas apenas condicional, sujeita à contrariedade das provas.

É lógico que assim seja, pois a boa fé sòmente é protegida quando terceiro erra excusadamente. Se êle sabe que o registro não tem o poder de valorizar o ato que é nulo, de atribuir a propriedade a quem não é proprietário, como pois, dizer-se então que, nesses casos, ainda perdura a boa fé?

67) Soriano Neto — *Ibidem*.

Pode-se, pois, considerar que o terceiro de boa fé perderá seu direito, se, por qualquer motivo, fôr convencido de que o seu registro não era válido, em face de situações supervenientes que atribuíram a propriedade a outrem, pela retificação do mesmo registro, ou por título de outra natureza, como o usocapião, cujo direito preexiste ao próprio registro, autorizando a atribuir ao detentor a qualidade de possuidor.

E é certo que “a sentença que declara o usocapião, é simplesmente a declaração solene de um direito. Não é o direito”, decidiu o Tribunal de Justiça do R. G. do Sul, in “Rev. dos Tribunais”, vol. 136/245.

Se, como decidiu o Ac. do Tribunal de Apelação do Piauí, in Arq. Jud., vol. 39/492, “consumado o usocapião, fica o antigo proprietário sem ação reivindicatória contra o usocapiante” não há como poder afirmar-se que o terceiro de boa fé, adquirente do imóvel, possa, por sua vez, agir contra o possuidor.

E, como tem sido explicado, à saciedade, por Clovis (68) e Sá Pereira (69), entre outros, a propriedade se adquire pela força mesmo do usocapião, de sorte que, verificados os requisitos desta, o possuidor se torna, **de pleno direito**, proprietário da coisa. E, em se tornando, **de pleno direito**, proprietário da coisa, poderá opor essa qualidade contra quem quer que seja que pretenda discutir-lhe essa qualidade, inclusive o terceiro de boa fé.

Vasta e copiosa tem sido a jurisprudência a favor dessa tésse, em que põe a existência de julgados contrariando o ponto de vista aqui defendido. Numerosos Acórdãos, inclusive da Suprema Côrte, alinhavam-se entre os que acolhem a tésse. Basta citar, à ligeira: Acs. S. T. F. n.º 10.819, in “Rev. Forense”, vol. 116/121; n.º 8.952, in “Rev. Forense”, vol. 122/116; n.º ... 9.056, in “Rev. Forense”. vol. 121/74; n.º 10.544, in “Arq. Judiciário”, vol. 96/292; Ac. do Tribunal de Apelação do Estado da Paraíba, in “Rev. de Jurisp. Brasileira”, vol. 82/58; Ac. Tribunal Apelação de Pernambuco, in “Arq. Judiciário”, vol. ... X/171; n.º 31.018, in “Arq. Jud.”, vol. X/247, além de outros muitos.

Assim, se o registro imobiliário não exprimir a realidade, o terceiro de boa fé não adquirirá. Se o possuidor opuzer ao

68) Clovis — *Ibidem*.

69) Sá Pereira, Virgílio — *Ibidem*.

terceiro o seu direito haurido no usocapião, como modo originário de adquirir, ilidirá qualquer pretendido direito do terceiro de boa fé, eis que o usocapião tem força em si mesmo, independente de transcrição que só se exige em caso de querer o possuidor exercer o seu **jus disponendi**.

No direito civil, não existe nenhuma disposição categórica que declare que o ato transcrito produz efeitos jurídicos em relação ao terceiro de boa fé, apesar de sua resolução posterior, seja por retificação do registro, seja pelo usocapião.

Caberá ao adquirente de boa fé a ação de reparação de danos contra o alienante ilegítimo, e assim é justo porque quem não soube escolher com quem contratar, suporte os riscos de sua incuria.

Se o nosso registro imobiliário não tem, como no direito alemão, o objetivo de tornar certa a propriedade, mediante o cadastro dos imóveis, é inadmissível que sendo êsse o fato possa alegar o terceiro adquirente que desconhecia êsse propósito da lei, supondo que a aquisição estaria extreme de divergência unicamente porque transcrita.

Deduz-se, pois, que o terceiro adquirente, obrigado a conhecer a finalidade do registro na lei brasileira, pois ninguém se excusa alegando ignorar a lei, nunca poderá alegar a ignorância da incerteza de seu direito.

Mas, dir-se-á, o art. 968 do Código Civil Brasileiro é terminante: “aquele que indevidamente recebeu um imóvel, o tiver alienado em boa fé, por título oneroso, responde somente pelo preço recebido”.

O argumento não se compadece com o verdadeiro sentido da intenção do legislador. Ali se diz que o **accipiens** de boa fé devolve somente o preço. Assim a lei dispôs para proteger a boa fé do **accipiens**. Não se cogita, evidentemente, da boa fé do terceiro. O terceiro adquirente adquire validamente, não pela transcrição, mas em virtude do estado subjetivo de quem lhe vendeu.

É certo e vidente que, referindo-se a lei à situação do **accipiens**, só há de abranger a espécie que designa — sem possibilidade de se estender à hipótese diferente, isto é, ao terceiro de boa fé.

Fica, assim, demonstrado que o nosso ponto de vista é inteiramente procedente.

CONCLUSÕES

Da exposição feita, concluímos:

- 1.º — O princípio de dualidade em relação aos conceitos de usocapião e prescrição, consignados em nosso Código Civil, é de ordem lógica e atende às necessidades do método jurídico.
- 2.º — O conceito acima se afirma ainda mais pela circunstância de os dois institutos não se confundirem, pois o próprio fator tempo concorre, em cada um destes institutos, de modo inverso, num, extinguindo, noutro, criando direito.
- 3.º — Tanto a prescrição como o usocapião são exigências da ordem social, pois, como afirma Mourlon "la loi, dit Dunod, passe sur l'indignité de la personne que possède de mauvais foi, en faveur de la tranquillité publique que procure cette prescription".
- 4.º — O usocapião é um modo originário de aquisição, qualquer que seja sua modalidade.
- 5.º — A transcrição, em nosso direito, gera apenas uma **praesumptio ad juris tantum**, possibilitando, assim, a anulação por qualquer meio admissível em direito, inclusive o usocapião oposto como defesa pelo possuidor.
- 6.º — O possuidor adquire a propriedade pela força mesma do usocapião que não necessita de qualquer sentença ou transcrição para valer **erga omnes**, exceto em caso de querer o possuidor alienar a coisa.
- 7.º — O usocapião pode, com sucesso, ser oposto como defesa, independente de sentença e sua transcrição.
- 8.º — O possuidor usocapiante também poderá opor seu direito, independente de sentença e sua transcrição, ao terceiro de boa fé, invalidando o ato do alienante que vender a coisa.

BIBLIOGRAFIA

- Código Civil Brasileiro - 10.^a ed. Rio. Livraria Freitas Bastos, 1951
- Achilles Bevilaqua
- A Prescrição Extintiva no Código Civil Brasileiro - Rio Liv. Freitas Bastos, 1940
- Ary A. Franco
- A Prescrição Extintiva em Direito Comercial e Civil-Lisboa - Clássica Editora, 1914
- Almeida Oliveira, Antonio
- Instituições do Direito Civil Portuguez, 3.^a ed. Coimbra. Imp. da Universidade, 1852
- Coêlho da Rocha
- Projeto do Codigo Civil Brasileiro, Rio - Imp. Nacional, 1893
- Coêlho Rodrigues, A.
- Doutrina das Acções accommodada ao Fôro do Brasil até o ano de 1877 - Rio, 1879
- Corrêa Telles, José Homem
- Transmissão da propriedade imóvel - São Paulo - Saraiva - 1934
- Almeida Prado, Francisco Bertino
- Institutes de l'Empereur Justinien-Traduites et expliquées par M. A. Caurroy-Huitième edition. Paris, 1851, 2 vols.
- Cujas
- Corpus Juris Civilis - LVGDVNI Sumptibus LAVRENTII ANISSON Cum privilegio Regis, in Litteris datis Parisiis - 1650.
- Dionysii Gothofredi I. C.

- Theoria Geral do Direito Civil, Liv. Francisco Alves, 6.^a ed. Rio - 1953
Clovis Bevilaqua
- Codigo Civil Brasileiro Interpretado, vol. VII - Liv. Freitas Bastos - Rio - 1937, 2.^a ed.
Carvalho Santos, J. M.
- Codigo de Processo Civil Interpretado, vol. V - 2.^a ed. Freitas Bastos, 1940.
Carvalho Santos, J. M.
- Direito Civil Brasileiro Recopilado ou Nova Consolidação das Leis Civis. Liv. Francisco Alves, Rio - 1899
Carlos Augusto de Carvalho
- Princípios de Direito Civil Luso-Brasileiro - Max Limonad - S. Paulo, 1951
Cunha Gonçalves, Luiz
- Cours Élémentaire de Droit Civil Français - Tome Premier. Onzième Edition. Librairie Dalloz - Paris, 1947
A. Colin - H. Capitant
- Les Lois Civiles dans leur ordre naturelle, Paris - M.DCC.LVI - 2 vols.
M. Domat
- Diccionario (Novissimo) Latim-Portuguez. Livraria Garnier - Rio, 8.^a ed.
Saraiva, F. R. dos Santos
- Dictionnaire Latin-Français Livrairie Hachette - Paris, 1865
L. Quicherat et A. Daveluy
- Projecto do Codigo Civil - Rio - Imp. Nacional, 1891
Felicio dos Santos, Joaquim
- Tratado de Direito Civil Brasileiro vol. II, Liv. Freitas Bastos, Rio - 1939
Eduardo Espinola e Eduardo Espinola Filho
- Enciclopédia Giuridica 7.^a Edizione Napoli - 1917
Filomusi Guelfi, Francesco

- Registros Publicos, Rio, 1929 Philadelpho Azevedo
- Diritto delle Pandette. Torino, 1902 Fadda, Carlo e Bensa, Paolo Emilio
- Teoria della retroattività delle leggi, Pisa - 1868 Gabba, Carlo Francesco
- L'évolution du Droit (Zwecht im Recht) Traduit sur la 3. éd. par O. Meulenaere - Paris, 1901 Jhering, R. von
- A luta pelo Direito - Trad. José Tavares Bastos. Liv. Chardron, Porto - 1910 Jhering, R. von
- La Posesion - Trad. Alfredo Posada, Madrid - 1926 Jhering, R. von
- Codigo Civil dos Estados Unidos do Brasil, 2.^a ed. Liv. Academica - S. Paulo, 1935 João Luiz Alves
- Direto das Coisas, 5.^a ed. vol. II Liv. Freitas Bastos, 1943 Lafayette Rodrigues Pereira
- Da Prescrição - Manual do Codigo Civil - vol. IV - Rio 1929 Carpenter, Luiz Frederico Sauberbronn
- Codigo Civil Brasileiro, São Paulo - 1923 Codigo Civil Brasileiro
- Manuel de Droit Romain, traduit de l'allemand par J. Beving, 3 ième edition, Bruxelles, 1846 Mackeldey, J.
- Da Bôa Fé no Direito Civil Brasileiro, Saraiva, 2.^a edição - 1953 Moreira Guimarães, Octavio
- Magnum Lexicon Novissimum Latinum Lusitanum - Opera et Studio Emmanuelis Josephi Ferreira, Parisiis, 1849 Manuel José Ferreira

Explication du Titre XX,
Liv. III du Code Napoléon -
Commentaire - Traité the-
orique et Pratique de la Pres-
cription Paris, 1861

Marcadé, V.

Theoria Geral do Direito,
segundo o Projecto do Co-
digo Civil Brasileiro Rio,
1914

Martinho Garcez

Doutrina e Pratica das Obri-
gações, *1.ª edição 1911*

Carvalho de Mendonça, M. I.

Institutionis Juris Civilis
Lusitani Liber III - De jure
Rerum, Editio secunda in
usum Auditorii Conimbri-
censis, juxta primam ann.
1815 - Conimbricae - Ex Ty-
pographia Academico - Re-
gia, 1828

Paschalis Josephi Mellii Freirii

Répétitions écrites sur le
Code Napoleon, Paris, 1877

Mourlon, M. Frédéric

Lsgislation Romaine - Ex-
plication Historique des Ins-
titutes de l'Empereur Justi-
nien - Ed. E. Plon, Paris,
1876

Ortolan, J. e Bonnier, M. E.

Lei de Introdução ao Codigo
Civil Brasileiro - 2.^a ed.
Borsoi - 1955

Oscar Tenório

Da Prescrição. Rio - Dep.
Imprensa Nacional - 1950

Oswaldo de Sousa Vale

Systema de Sciencia Positi-
va do Direito, vol. II, Rio -
1922

Pontes de Miranda

Tratado de Direito Privado,
1.^a ed. - Borsoi - Rio, 1955,
vols. 10, 11, 12 e 14

Pontes de Miranda

Traite Élémentaire de Droit
Civil Paris, 1932

Planiol, Marcel

- Da Retroatividade das Leis Civis Duprat & Comp. São Paulo - 1909
Reynaldo Porchat
- Projecto do Codigo Civil Brasileiro - Trabalhos da Comissão Especial do Senado, vol. II - Imprensa Nacional - Rio - 1904
Replica do Senador Ruy Barbosa às Defesas da Redacção do Projecto da Camara dos Deputados.
- Direito Civil Brasileiro, Rio, 1915
Ribas, Antonio Joaquim
- Direito Administrativo, Rio, 1866
Ribas, Antonio Joaquim
- Traité de la Possession en Droit Romain, traduit de l'allemand par Henri Staedtler, Bruxelles, 1893
Savigny, Frederic Charles
- Publicidade metrial do Registro Imobiliário (Efeitos da Transcripção) Recife, 1940
Soriano Neto
- Interpretação do Codigo Civil Brasileiro, São Paulo, 1919
Spencer Vampré
- Commentaire sur la Precrption, Bruxelles, 1843
Troplong, M.
- Droit Civil - Liége, 1878
Thiry, Fernand
- Notas à Doutrina das Acções de Corrêa Telles, accomodada ao Foro do Brazil até o ano de 1877 - Garnier - Rio, 1880
Teixeira de Freitas
- Diritto delle Pandette, Torino, 1902
Windscheid
- Staatslehre und Volkswirtschaft auf höheren Schulen - Bonn - Verlag von Friedrich Cohen - 1895
Endemman, Carl

Diritto delle Obligazione -
Prima traduzione del tedesco
sulla 6.^a edizione de
Francesco Bernadino Cicala -
con prefazione di V. Scialoja
e G.P. Chironi -
Torino - Fratelli Bocca -
1903

Dernburg Arrigo

Zur Feier seines fünfzigjährigen
- Leipzig, 1869

Wachter, Carl Georg

Sistema del diritto privato
generale austriaco. Prima
verzione italiana por Francesco
Kirchmayer, vol. I. -
Zara - L. Mazzanti - 1878

Ruger- Giuseppe .

Theorie et Pratique de Droit
Civil (De la Prescription)
4 ième edition-Paris, 1924

G. Baudry Lacantinerir et
Albert Tissier

Doutrina e Pratica das Obrigações -
Imprensa Paranaense-Curitiba, 1908

Carvalho de Mendonça, M. I.

Da Prescrição - Manual de
Paulo de Lacerda, vol. VIII
- Rio, 1924

Sá Pereira, Virgilio

Direito das Coisas

Lacerda de Almeida

De La Usocapion

Leopoldo Alas

A bôa fé no Direito Civil
Brasileiro

Alipio Silveira

A Transcrição -

Lisippo Garcia

La Prescrizione acquisitiva

Giuseppe Pugliese

ÍNDICE

CAPÍTULO I

Usocapião e Prescrição 11

CAPÍTULO II

Conceito e diferenciação de usocapião e
prescrição 21

CAPÍTULO III

Fundamento jurídico da prescrição extintiva
e aquisitiva 33

CAPÍTULO IV

Usocapião — Modo originário ou derivado de
aquisição? 39

CAPÍTULO V

Da oponibilidade do usocapião, erga omnes,
independente de sentença e sua transcrição 45

Conclusões 61

Bibliografia 65



IMPRESSORA IPIRANGA LTDA.
JOINVILLE - STA. CATARINA - BRASIL