

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DO CURSO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARCELO ANTONIO CELLA

USUCAPIÃO DO USUFRUTO E DA SERVIDÃO:
aspectos do tratamento legal e jurisprudencial no Brasil

Florianópolis
2014

MARCELO ANTONIO CELLA

USUCAPIÃO DO USUFRUTO E DA SERVIDÃO:
aspectos do tratamento legal e jurisprudencial no Brasil

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Isaac Pilati
Coorientador: Prof. Me. Marcus Vinicius Motter Borges

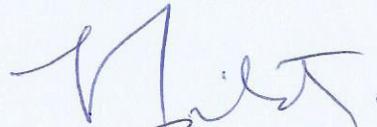
Florianópolis
2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

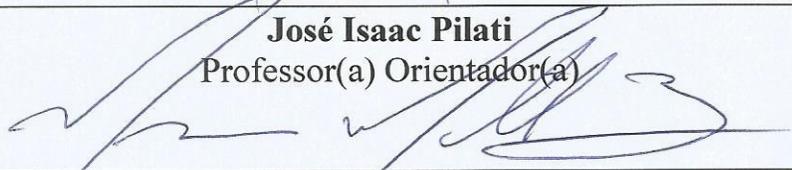
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Usucapião do usufruto e da servidão: aspectos do tratamento legal e jurisprudencial no Brasil**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Marcelo Antônio Cella**, defendido em **20/11/2014** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

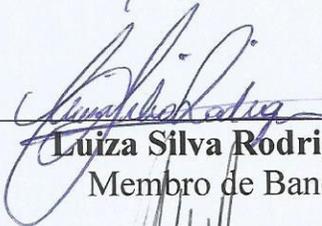
Florianópolis, 20 de Novembro de 2014



José Isaac Pilati
Professor(a) Orientador(a)



Marcus Vinícius Motter Borges
Professor(a) Coorientador(a)



Luiza Silva Rodrigues
Membro de Banca



Mikhail Vieira Cancellier de Olivo
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Deus, pela vida;

Aos meus pais, Claudir e Maria Helena, pelo amor que sempre demonstraram, mesmo à distância, e pelo incentivo durante todo o curso de direito;

Ao meu irmão, a quem eu consegui transmitir o carinho que tenho pelo direito e, lógico, pela parceria desde sempre;

À Isabella, namorada, amiga, companheira, com quem compartilhei todos os momentos da minha vida durante a graduação em direito. Obrigado por tudo!!!

Ao meu orientador, José Isaac Pilati, por ser o melhor professor que já tive na vida.

Ao meu coorientador, Marcus Vinicius, por ter despertado em mim o amor pela advocacia.

Aos familiares e amigos que, de alguma forma, me auxiliaram durante essa gratificante etapa da minha vida.

RESUMO

Este trabalho identificou na legislação e na jurisprudência brasileira, a hipótese de usucapião dos direitos reais sobre coisa alheia de usufruto e de servidão. O trabalho possui três capítulos, e o método de abordagem utilizado foi o dedutivo, com procedimento bibliográfico e jurisprudencial. Observou-se que, apesar de o legislador permitir este modo de aquisição do usufruto e da servidão, não há regulamentação específica, existem lacunas na lei. Para suprir esta omissão legislativa, utilizaram-se, por meio da analogia, as regras que regem a usucapião da propriedade como fundamento à usucapião do usufruto e da servidão, adaptando-as a estes institutos. Com isso, é possível garantir segurança ao possuidor e concretizar o princípio da função social.

Palavras-chave: usucapião; servidão; usufruto; aquisição; propriedade; analogia.

ABSTRACT

This work identified at the legislation and Brazilian jurisprudence, the hypothesis of adverse possession of real rights about other things of usufruct and easement. The work has three chapters, and the method of deductive approach was used, with bibliographical and jurisprudential procedure. It was observed that, despite the legislature allow this mode of acquisition of usufruct and easement, there is no specific regulation, there are gaps in the law. To eke out this legislative omission were used, by analogy, the rules governing adverse possession of property as the fundament for adverse possession of usufruct and easement, adapting them to these institutes. This makes it possible guarantee security to the possessor and concretize the principle of social function.

Keywords: adverse possession; easement; usufruct; acquisition; property; analogy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. ASPECTOS GERAIS DO INSTITUTO DA USUCAPIÃO	10
1.1 Usucapião na Constituição de 1988 e no Código Civil de 2002.....	10
1.2 Natureza jurídica.....	11
1.3 Fundamento e finalidade.....	13
1.4 Teorias da posse.....	14
1.5 Requisitos da usucapião da propriedade	16
1.5.1 O objeto hábil para usucapião.....	17
1.5.2 Ausência de vícios na posse.....	17
1.5.3 Comportamento de proprietário.....	18
1.5.4 Posse mansa, pacífica, pública e contínua	19
1.5.5 Decurso de tempo	21
1.5.6 Justo título e boa-fé.....	23
1.6 Usucapião como defesa	26
1.7 Efeitos da usucapião	28
2. TUTELA JURÍDICA DOS DIREITOS REAIS DE SERVIDÃO E DE USUFRUTO ...	30
2.1 Direito real de servidão.....	30
2.1.1 Definição e principais características	30
2.1.2 Diferenciações importantes	33
2.1.3 Classificação.....	37
2.2 Direito real de usufruto.....	38
2.2.1 Definição e principais características	39
2.2.2 Classificação.....	41
2.2.3 Limitações e Distinções	43
3. A USUCAPIÃO DOS DIREITOS REAIS DE SERVIDÃO E DE USUFRUTO: ASPECTOS DO TRATAMENTO LEGAL E JURISPRUDENCIAL NO BRASIL	46
3.1 Aquisição do direito real de servidão pela usucapião.....	46
3.1.1 Usucapião ordinária da servidão aparente.....	47
3.1.2 Usucapião extraordinária da servidão aparente.....	48
3.1.3 Atos próprios de servidão.....	49
3.1.4 Usucapião da servidão não aparente: possibilidade somente na modalidade ordinária.....	51
3.1.5 Usucapião da servidão descontínua.....	56
3.1.6 Aspectos processuais e registrais da usucapião da servidão.....	57
3.1.7 Casos práticos.....	61

3.2 Aquisição do direito real de usufruto pela usucapião	65
3.2.1 Modalidades de usucapião do usufruto: ordinária e extraordinária	67
3.2.2 Comportamento próprio de usufrutuário.....	68
3.2.3 Aspectos processuais e registrais da usucapião do usufruto	70
3.2.4 Caso prático	73
CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS	77

INTRODUÇÃO

A ideia de analisar a usucapião da servidão e do usufruto neste trabalho de conclusão de curso surgiu durante a realização de estágios em escritórios de advocacia no decorrer do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, especialmente em razão de três casos práticos retratados no decorrer do estudo.

A hipótese principal deste trabalho é identificar na legislação e na jurisprudência brasileira, a possibilidade de aquisição dos direitos reais sobre coisa alheia de usufruto e de servidão por meio da usucapião. Com base nisso, o objetivo principal é demonstrar a visão dos tribunais acerca do tema, juntamente com a melhor forma de interpretação das previsões legais existentes.

Para tanto, utilizou-se como método de abordagem do tema o sistema dedutivo, com procedimento bibliográfico e jurisprudencial, limitando-se ao contexto brasileiro pós Código Civil de 2002.

Quanto ao conteúdo, o trabalho tem a sua estrutura determinada pelo estudo do instituto da usucapião como forma de aquisição de direitos reais e concretização da função social da posse.

Assim, o primeiro capítulo destina-se à apresentação dos aspectos principais da usucapião da propriedade, haja vista a ausência de regulamentação específica desse meio de aquisição para os direitos reais sobre coisas alheias.

O segundo capítulo, visa analisar os direitos reais de usufruto e servidão, com ênfase nas suas principais características, em especial, àquelas que são determinantes para a sua distinção da propriedade.

Finalmente, no terceiro capítulo objetiva-se abordar com profundidade a usucapião do usufruto e da servidão, quais são as suas modalidades, características, requisitos, limitações e permissões, suprindo as lacunas legislativas por meio da analogia com as regras da usucapião da propriedade. Com isso, é possível garantir segurança ao possuidor e concretizar o princípio da função social.

1. ASPECTOS GERAIS DO INSTITUTO DA USUCAPIÃO

Neste primeiro capítulo serão apresentadas as principais características do instituto da usucapião¹. Por óbvio, não se objetiva esgotar o conteúdo e as controvérsias dos pontos abordados, mas sim apresentar uma visão geral e objetiva, a fim de facilitar a compreensão do presente trabalho e os objetivos a que ele se destina.

Esta síntese teórica inicial é necessária para entender como funciona a aquisição dos direitos reais pela usucapião, em especial a propriedade, haja vista ser ela o direito real por excelência. Concluída esta etapa, será possível analisar com maiores detalhes os institutos do usufruto e da servidão (direitos reais sobre coisa alheia), em especial a sua aquisição por meio da usucapião, com foco nos aspectos legais e jurisprudências mais relevantes.

1.1 Usucapião na Constituição de 1988 e no Código Civil de 2002

A usucapião é um modo originário de aquisição da propriedade (móvel ou imóvel) e de outros direitos reais sobre coisas alheias (p.ex. uso, usufruto, superfície, servidão, etc.), pela posse continuada (mansa, pacífica, pública, contínua e com *animus domini*) durante certo lapso de tempo (cada espécie de usucapião tem um prazo específico), com os demais requisitos exigidos pela lei (pessoa capaz e não impedida e, dependendo do caso, justo título, boa-fé, posse trabalho/moradia, etc.). Em síntese, a usucapião é a via pela qual o possuidor torna-se proprietário; a posse é o caminho para a propriedade.²

A base legal da usucapião está disseminada pelo ordenamento jurídico nacional, sendo diversas modalidades e várias leis que as regulamentam. A Constituição Federal de 1988 elencou a usucapião como norma de garantia constitucional e, em seu artigo 191, dispôs sobre a usucapião especial rural (já prevista no Estatuto da Terra – Lei 4.504/64 e na Lei 6.969/81). No artigo 183 a Constituição de 1988 inovou ao elencar a usucapião especial urbana, esta foi disciplinada posteriormente pelo Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) e pelo Código Civil de 2002.

¹ Apesar das expressões terminadas em “ão” serem do gênero masculino na língua portuguesa, este trabalho vai se utilizar da usucapião no gênero feminino, pois o Código Civil de 2002 assim o faz, conforme a origem no latim.

² GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 180-184.

Essas disposições garantiram proteção às pessoas de poucos recursos econômicos que moram nos centros urbanos, pois o crescimento rápido e desordenado das cidades trouxe graves problemas habitacionais, os quais o legislador visou amenizar. A Constituição de 1988 também garantiu com isso a proteção dos pequenos produtores rurais que tornaram a área ocupada produtiva pelo seu trabalho e/ou de sua família.

O artigo 183 da Constituição de 1988 é outro dispositivo importante, pois em seu parágrafo terceiro, ele definiu que os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião, este texto também é objeto da Súmula 340 do Supremo Tribunal Federal. Paralelamente ao texto constitucional, o atual Código Civil previu as modalidades tradicionais de usucapião da propriedade imóvel, são elas: a ordinária (artigo 1.238) e a extraordinária (artigo 1.242).

As principais características da usucapião ordinária são o prazo de dez anos e a exigência de justo título e boa-fé, já a usucapião extraordinária tem prazo de quinze anos, e independe de justo título e boa-fé. Acerca da usucapião da propriedade móvel o Código Civil de 2002 disciplinou a matéria nos artigos 1.260 a 1.262.

Além das modalidades acima, o ordenamento jurídico brasileiro prevê outras espécies de usucapião, quais sejam: a coletiva urbana (artigo 10 e ss. da Lei 10.257/01 – Estatuto da Cidade), a concessão de uso especial para fins de moradia (artigo 183, §1º da CF/88 e artigo 1º da MP 2.220/01), a concessão coletiva de uso especial para fins de moradia (artigo 2º da MP 2.220/01), a entre cônjuges (artigo 1.240-A do Código Civil de 2002 incluído pela Lei 12.424/11), a extrajudicial (artigo 46 da Lei 11.977/2009), a indígena (artigo 33 da Lei 6.001/73) e a de direitos reais de gozo sobre coisa alheia, em especial a usucapião do usufruto (artigo 1.391 do CC/02) e da servidão (artigo 1.379 do CC/02), que são o objeto de estudo deste trabalho.

1.2. Natureza Jurídica

A natureza jurídica da usucapião é considerada majoritariamente como modo originário de aquisição de direitos (inclusive do usufruto e da servidão), caracterizado por não decorrer de qualquer relação com o antigo titular, mas tão somente em razão da posse continuada exercida pelo adquirente. Para Orlando Gomes, a usucapião “inclui-se entre os modos originários. É que, a despeito de acarretar a extinção do direito de propriedade do antigo titular, não se estabelece qualquer vínculo entre ele e o possuidor que o adquire”.³

³ GOMES, 2010, p. 180.

Portanto, nas aquisições originárias não há transmissão de direitos de um titular para o outro, com isso o adquirente (usucapiente) recebe seu direito livre de quaisquer restrições ou ônus que foram impostos ao antigo titular⁴, bem como sua aquisição não será prejudicada pela eventual decretação de nulidade de atos aquisitivos anteriores, salvo casos excepcionais.⁵

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald observam justamente que,

Se a propriedade é adquirida por modo originário, não há vínculo entre a propriedade atual e a anterior, incorporando-se o bem ao patrimônio do novo titular em toda a sua plenitude, livre de todos os vícios que a relação jurídica pregressa apresentava. [...]

Outrossim, se existir eventual ônus real sobre o imóvel, em razão de negócio jurídico praticado pelo antigo proprietário (v. g., hipoteca, servidão), não subsistirá o gravame perante o usucapiente, que receberá a propriedade límpida, isenta de máculas.

De fato, impraticável será a manutenção de eventual ônus hipotecário que incidia sobre o imóvel usucapido, pois sendo banido o direito principal em que o gravame se fundava, não prevalece o direito real acessório, resultante de garantia concebida em virtude de uma propriedade que não mais subsiste.⁶

Acrescenta-se ainda que, como a usucapião é modo originário de aquisição de direitos, não há a incidência do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), previsto no artigo 35 do Código Tributário Nacional, haja vista que na usucapião a aquisição não decorre de nenhum ato de transmissão, e sim da posse.

Este é o entendimento pacífico no Supremo Tribunal Federal:

Tributário. Imposto de transmissão. A ocupação qualificada e continuada, que gera o usucapião, não importa em transmissão de propriedade, pois dele decorre modo originário de adquirir. A aquisição decorre do fato da posse, sem vinculação com o anterior proprietário. Imposto de transmissão indevido, em decorrência do usucapião.⁷

Entender a natureza jurídica da usucapião como modo originário de aquisição de direitos é imprescindível para o desenvolvimento deste trabalho.

⁴ A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que, consumada a usucapião, a hipoteca anterior não atinge o usucapiente (STJ. REsp 716.753/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha. 4ª Turma, j. em 15/12/2009), bem como a cláusula de inalienabilidade não obsta o reconhecimento da usucapião (STJ. REsp 27513/SP, Rel. Min. Barros Monteiro. 4ª Turma, j. em 12/02/1996).

⁵ Por exemplo, uma pessoa transmitiu direitos das quais não era titular, posteriormente foi verificada a nulidade desta transmissão, se o real titular destes direitos estiver amparado por alguma causa impeditiva/suspensiva da prescrição (arts. 196 e 197 do CC/02) ou se tratar de um ente público (bens públicos não estão sujeitos a usucapião), a usucapião restará prejudicada (PAZINI, 2012, p. 16).

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 274-275.

⁷ STF. RE 103434/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho. 2ª Turma, j. em 24/10/1985.

1.3. Fundamento e Finalidade

O fundamento maior que justifica a existência da usucapião é a sua utilidade social⁸. Isto é, a posse continuada e não contestada pelo legítimo titular, unida ao tempo, acarreta na perda deste direito pela inércia (falta de cuidado), em favor do *bem comum*, favorecendo e consolidando a aquisição pelo possuidor que fixou sua moradia ao bem ou que pelo trabalho tornou-o *produtivo e útil* para a *sociedade*.

O intuito do legislador com a usucapião, não foi o de punir o antigo titular pela perda do seu direito, esta é apenas uma consequência do real objetivo da usucapião, que é o de assegurar a aquisição deste direito pelo possuidor que cuidou adequadamente do bem, concretizando o interesse social.

A segurança jurídica também justifica o instituto da usucapião, pois confere juridicidade a uma situação de fato, garantindo proteção ao possuidor e assegurando que seu direito a usucapião não seja negado. Assim, nenhum vício, contestação ou dúvida levantada pelo titular anterior, terá força para derrubar a estabilidade deste instituto. Com a segurança jurídica o interesse do possuidor em investir na exploração do bem será muito maior, o que gera vários benefícios para a sociedade, entre eles a criação de empregos, o pagamento de mais tributos, entre outros; é a harmonização entre a segurança jurídica e a utilidade social.

Os fenômenos sociais não se fundam em uma única causa, mas sim em uma série de fatores que são convergentes, “[...] de modo que não há por que optar por uma explicação única do usucapião”.⁹ Assim, é possível afirmar que a usucapião funda-se na soma da utilidade social com a segurança jurídica, e o resultado desta operação se traduz na finalidade do instituto, que é a de promover a pacificação social, evitando que os conflitos acerca da titularidade de um bem ou direito, se prolongue ao infinito.

Esta é a lição de Orlando Gomes:

As teorias objetivas fundamentam a usucapião em considerações de utilidade social. É socialmente conveniente dar segurança e estabilidade à propriedade, bem como consolidar as aquisições e facilitar a prova do domínio. A ação do tempo sana os vícios e defeitos dos modos de aquisição porque a ordem jurídica tende a dar segurança aos direitos que confere, evitando conflitos, divergências e mesmo dúvidas. Bem certo é que “acabar com as incertezas da propriedade” é a “razão final” da usucapião (RA). A ampliação das espécies de aquisição mediante a usucapião, considerando especialmente a utilização do bem a ser adquirido (para o trabalho ou para a moradia), evidencia que o fundamento do instituto, atualmente, aponta para uma *função social da posse* diversa da *função social da propriedade*, o que

⁸ GOMES, 2010, p. 181.

⁹ WALD, Arnaldo. *Direito Civil: direito das coisas*, vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 215.

já se verificava antes mesmo da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 (RA).¹⁰

Por fim, a junção do fundamento (utilidade social + segurança jurídica) e da finalidade (pacificação social), faz com que a usucapião seja um instituto concretizador da *função social da posse*, haja vista que o possuidor que se comportou como titular do direito durante certo lapso de tempo, e que o utilizou como moradia ou conferiu a correta destinação econômica, estará devidamente protegido e terá seu direito a usucapião reconhecido, colocando-se fim em qualquer disputa de interesse que exista com o antigo titular.

1.4. Teorias da Posse

Não há nenhum equívoco em afirmar que o instituto da usucapião reflete o princípio constitucional da função social da propriedade (artigo 5º, XXIII, da CF/88), haja vista que a função social da posse decorre deste princípio. Esta é a lição de José Isaac Pilati: “A princípio, só se pode ter posse onde é possível ter propriedade, e sobre a propriedade pesa o pressuposto da função social. Assim, toda posse, especialmente de bens de produção, deve perfilhar-se com a função social que pesa sobre todos os bens imóveis [...]”¹¹, nos termos dos artigos 182, §2º e 186, da Constituição de 1988.

Conforme afirmado anteriormente, a usucapião é meio pelo qual o possuidor torna-se proprietário, assim, deve-se fazer uma abordagem sobre a posse que enseja a usucapião. Para isso, é necessário explicar as teorias da posse de Savigny e Ihering, para que fique claro o que é e o que não é posse.

Primeiramente, ambas as teorias são compostas por dois elementos: *corpus* e *animus domini*. No início do século XIX, Savigny elaborou a sua Teoria Subjetiva explicando que a posse é a junção do *corpus* com o *animus domini* ($P = C + A$). Para o autor, *corpus* é a possibilidade de explorar a coisa, de exercer o contato físico (é a situação de fato), já o *animus domini* é a intenção de ter a coisa como sua, isto é, explorar a coisa como se fosse seu proprietário, sem a necessidade de nenhuma autorização para isso (é o elemento subjetivo).¹²

Diante disso, apenas existiria posse se ambos os elementos estivessem presentes, “[...] a simples situação de fato na qual alguém exerce um poder sobre determinada coisa seria normalmente mera detenção, sem efeitos jurídicos [...]”.¹³ Assim, locatário, comodatário,

¹⁰ GOMES, 2010, p. 181.

¹¹ PILATI, 2006, p. 188-189.

¹² FARIAS & ROSENVALD, 2009, p. 28.

¹³ WALD, 2011, p. 57.

usufrutuário e outras pessoas não-proprietárias que se utilizam da coisa em virtude de relação jurídica, não teriam posse, mas seriam apenas meros detentores, falta-lhes o *animus domini*, por isso não fariam jus à tutela possessória.

De acordo com a teoria de Savigny, somente seriam possuidores aqueles que exploram a coisa por sua própria vontade e que não necessitam de autorização para isso. São três as possibilidades: 1) O proprietário da coisa, haja vista que o próprio direito de propriedade faculta-lhe isso; 2) O usurpador, uma vez que explora a coisa por conta própria, ainda que sua conduta seja antijurídica. Ele sabe que não pode explorar a coisa, pois não tem nenhum título que o autorize, mas mesmo assim o faz (p.ex. o invasor de terras); 3) O proprietário putativo, pois este acredita ter adquirido a coisa de forma válida, e por pensar que é o proprietário da coisa não necessita de autorização, ele agiu como se dono fosse, apesar de existir vício no ato aquisitivo.¹⁴

Para a Teoria Subjetiva, apenas o usurpador e o proprietário putativo podem adquirir a coisa por meio da usucapião, primeiro porque não se fala de usucapião por quem já é proprietário do bem, segundo porque são os únicos que podem ser possuidores além do proprietário, e terceiro porque qualquer outra pessoa que foi *autorizada* a exercer contato com a coisa, *sem o ser* por sua própria vontade, é considerada mero detentor (p.ex. locatário, comodatário, etc.).

Ihering, ao contrário de Savigny, descreveu na sua Teoria Objetiva da Posse que o *animus domini* está incluído ao *corpus*, isto é, aquele que, conscientemente, exerce poderes de fato sobre a coisa (próprios de proprietário ou de outro direito real), demonstra de maneira implícita a sua vontade de agir como dono, e por isso é considerado possuidor. Portanto, na teoria objetiva basta a análise do *corpus*, de modo que, se a pessoa exerce poderes de dono sobre a coisa, tem posse (Posse = Corpus).¹⁵

Nesta teoria, locatário, comodatário, usufrutuário, mandatário, depositário, administrador, testamentário e outras pessoas não-proprietárias que se utilizam da coisa em virtude de relação jurídica, não são meros detentores, mas sim possuidores, pois exercem poderes inerentes à propriedade ou outro direito real e com isso fazem jus a tutela possessória.¹⁶ Logo, as hipóteses de detenção ficam restritas àquelas estipuladas pela lei (artigo 1.198 do CC/02), não sendo suscetíveis de usucapião (artigo 1.208 do CC/02).¹⁷

¹⁴ PAZINI, 2012, p. 32-37.

¹⁵ FARIAS & ROSENVALD, 2009, p. 29-30.

¹⁶ A proteção possessória é a grande vantagem da teoria objetiva sobre a teoria subjetiva, pois conforme Orlando Gomes (2010, p. 39) “[...] do ponto de vista prático, a teoria de Ihering é mais vantajosa. Aqueles que Savigny qualifica como detentores não gozam de uma proteção direta e imediata. Se são turbados no uso e gozo da coisa

O Código Civil de 2002 adotou a teoria de Ihering em seu artigo 1.196, ocorre que, esta teoria da posse não foi adotada para a usucapião, caso contrário qualquer possuidor (locatário, comodatário, etc.) poderia usucapir o bem que utiliza, bastaria cumprir os demais requisitos legais. Assim, se um locatário tentar usucapir o imóvel locado estará alterando unilateralmente o caráter da sua posse (artigo 1.203 do CC/02), caracterizando uma posse injusta, precária e insuscetível de usucapião (artigo 1.200 do CC/02), vez que o locatário utiliza o bem por meio de uma autorização, ou seja, a relação jurídica de locação.

Visando evitar situações como a exposta acima, entende-se que é a teoria subjetiva de Savigny que deve ser aplicada à usucapião.¹⁸ Assim, é necessário descobrir, primeiramente, de onde surge o poder de exploração, o qual não pode decorrer de ato que importe o reconhecimento de propriedade alheia (não pode haver autorização), a pessoa deve agir como dono por sua própria vontade, desconsiderando que o bem pertence a outra pessoa.

1.5 Requisitos da usucapião da propriedade

Após esta diferenciação das teorias da posse, é importante fazer uma análise um pouco mais detalhada acerca dos requisitos essenciais configuradores da usucapião da propriedade. Inicialmente, deve-se observar se estão presentes os vícios da precariedade, da violência ou da clandestinidade; o *animus domini*; se a posse é exercida de maneira mansa, pacífica, pública e contínua; e se ocorreu o decurso do prazo legal. Além disso, em determinadas modalidades de usucapião será necessário observar o justo título e a boa-fé, bem como outras características especiais, p.ex. se houve posse trabalho ou para moradia, se o usucapiente é proprietário de outro imóvel, etc.

Esta abordagem básica e sumária, não visa esgotar as discussões, bem como pormenorizar cada requisito, mas apenas mostrar uma visão geral que deve ser aperfeiçoada caso a caso, conforme as situações fáticas se apresentarem. Assim sendo, serão abordados, em

que detêm, devem dirigir-se à pessoa que lhes concedeu a detenção, a fim de que esta, como possuidora que é, invoque a proteção possessória, fazendo cessar a turbação. O inconveniente é manifesto. Imagine-se o inquilino de uma casa que, não podendo utilizá-la devidamente em virtude da ação turbativa do vizinho, tem de solicitar do senhorio ausente que requeira o interdito de manutenção, porque ele, inquilino, sendo mero detentor, não pode fazer uso desse remédio possessório. Qualquer que seja, por conseguinte, o valor teórico do sistema objetivo, é fora de dúvida que se inspira em razões de ordem social, suficientemente ponderosas para justificar a aceitação de suas consequências práticas”.

¹⁷ Arnoldo Wald (2011, p. 59) diz que: “a superioridade da teoria de Ihering sobre a de Savigny está na maior facilidade de aplicação do critério adotado para distinguir a posse da detenção”.

¹⁸ FARIAS & ROSENVALD, 2009, p. 31.

especial, os aspectos da usucapião da propriedade que pela simetria também serão observados na usucapião do usufruto e da servidão, com as devidas adaptações.

1.5.1 O objeto hábil para usucapião

A usucapião da propriedade, via de regra, incide sob qualquer bem que pode ser objeto de aquisição pelos particulares, este é o objeto hábil. Entretanto, é necessário analisar quais bens não se sujeitam à usucapião.

Ocorre que este rol de bens não passíveis de usucapião é bem extenso, motivo pelo qual, em atendimento à objetividade e às peculiaridades deste estudo, limitamos ao exame do disposto nos artigos 183, §3º e 191, parágrafo único da Constituição Federal, artigo 102 do Código Civil e da Súmula 340 do STF de 13/12/1963.¹⁹

Todos os textos normativos citados acima estabelecem que os bens públicos não podem ser adquiridos por usucapião. Portanto, como regra geral a ser adotada neste trabalho, a aquisição do usufruto ou da servidão por meio da usucapião somente será possível se estes direitos reais recaírem sobre bens imóveis ou móveis que não sejam públicos.

1.5.2 Ausência de vícios na posse

Após este primeiro aspecto, importa verificar se a posse é justa, isto é, se não está contaminada com os vícios da clandestinidade, da violência ou da precariedade (artigo 1.200 do Código Civil).²⁰ A doutrina é clara, “para que haja posse capaz de levar à usucapião, será necessário que tal posse seja justa, isto é, escoimada de violência, clandestinidade ou precariedade, no momento de sua aquisição”.²¹

A posse violenta é aquela que se obtém pela força, contrapõe-se à posse mansa e pacífica. Por outro lado, a posse clandestina é aquela que se obtém às ocultas, fora das vistas de quem tenha interesse em conhecê-la, opõe-se à posse pública. Já a posse precária é a que

¹⁹ Art. 183, § 3º. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Art. 191. Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.

Súmula 340 do STF - Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.

²⁰ Art. 1.200. É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária.

²¹ SALLES, José Carlos de Moraes. *Usucapião de bens imóveis e móveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 73.

decorre do abuso de confiança, ou seja, quando o possuidor se recusa a cumprir sua obrigação de restituir a coisa (p.ex. o bem na posse de locatário).²²

Apesar disso, conforme o artigo 1.208 do Código Civil²³, cessada a violência ou clandestinidade a posse passa a ser justa. Entretanto, a posse precária nunca estará sujeita à usucapião.²⁴ Este é o fenômeno da convalidação da posse viciada em posse sujeita à usucapião.

1.5.3 Comportamento de proprietário (*animus domini*)

O *animus domini* é o elemento subjetivo da posse, ou seja, a vontade do possuidor em se converter em proprietário, expressada pelo exercício efetivo, por sua própria vontade, de um dos poderes inerentes à propriedade (artigo 1.196 c/c artigo 1.228, ambos do Código Civil²⁵), desconsiderando que o bem pertence a outra pessoa e cujo poder de exploração decorre de ato que não importe o reconhecimento de propriedade alheia (não pode haver permissão de outrem ou da lei).

“O que caracteriza o ânimo de dono é justamente a exploração da coisa sem a busca de qualquer ato permissivo, como se o sujeito fosse seu dono, ainda que não o seja”.²⁶ É necessário também que o ânimo de dono exista desde o momento em que o usucapiente se apossa da coisa, bem como que os atos de volição não se alterem e que não haja renúncia da posse. A não demonstração destes aspectos acarretará a improcedência da pretensão.

Portanto, é possível perceber que o ânimo de dono não significa somente a vontade do sujeito de possuir, mas tem relação também com a maneira do surgimento da posse e a sua forma de exercício.

Diante disso, conclui-se que o instituto da usucapião adota a Teoria Subjetiva de Savigny, ou seja, para usucapir um bem, basta explorar a coisa por sua própria vontade e sem precisar de autorização para tanto (usurpador ou proprietário putativo), somente os não

²² SALLES, 2006, p. 72.

²³ Art. 1.208. Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade.

²⁴ SALLES, 2006, p. 73-75. Vale ressaltar que acerca da posse precária, existe divergência, alguns autores afirmam que a mesma pode ser convalidada, permitindo-se a transformação em posse *ad usucapionem* (PELUSO, Cesar. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Barueri/SP: Manole, 2009, p. 1.146 – 1.147).

²⁵ Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

²⁶ PAZINI, 2012, p. 32.

proprietários precisam de permissão para exercer atos de exploração, ou seja, quaisquer outros que estejam em relação de dependência para com o dono da coisa e conservam a posse em nome deste (caseiro, administrador de fazenda, e demais meros detentores), bem como os que exercem posse direta em decorrência de obrigação ou direito (locatário, comodatário, etc.), não poderão usucapir, uma vez que violarão o disposto nos artigos 1.198, caput e 1.203 do Código Civil.²⁷

Assim sendo, inexistindo obstáculo objetivo, por força de relação de dependência, obrigação ou direito, presume-se o *animus domini*, por outro lado, a existência de obstáculo subjetivo impede apenas a aquisição da propriedade nas modalidades de usucapião que exigem boa-fé.²⁸

Judicialmente, os Tribunais exigem que o usucapiente comprove objetivamente o ânimo de dono por meio da apresentação de prova cabal do exercício da sua posse, p.ex. contas de água, luz, telefone, carnês de IPTU, fotografias de benfeitorias, depoimentos de testemunhas, etc.²⁹. Inclusive, na Comarca de Florianópolis, o Juízo da Vara de Registro Público e Sucessões, expediu a Portaria nº 2 de 03 de novembro de 2010, que entre outras disposições acerca das ações de usucapião, arrola como provas necessárias para agilizar o procedimento: “j) documentos antigos que comprovem a posse pelo período necessário à aquisição (v.g. carnês de IPTU, contas de água, luz e telefone, alvarás de construção, etc), bem como 3 declarações de testemunhas, com firma reconhecida em cartório”.³⁰

1.5.4 Posse mansa, pacífica, pública e contínua

Outro aspecto importante em relação a posse apta para configurar a usucapião, é o de que o possuidor deve exercê-la de maneira mansa, pacífica, pública e contínua, isto é, a posse exercida tranquilamente, sem oposição ou interrupção, onde não há abandono e que aparentemente oferece certeza de que o possuidor é o proprietário.³¹

A posição adotada neste trabalho é a de que o exercício da posse com as características acima descritas deve ser observada caso a caso. Por exemplo, a posse mansa,

²⁷ SALLES, 2006, p. 76.

²⁸ GOMES, 2010, p. 183.

²⁹ Não é outra a posição do Tribunal de Justiça de Santa Catarina: “[...] 2. Somente diante de prova escorreita, límpida e cabal do exercício da posse com a intenção de dono sobre determinado imóvel é capaz de justificar o acolhimento do pleito de aquisição da propriedade pelo usucapião. E este ônus, consoante a dicção do art. 333, I, do Código de Processo Civil, é indeclinavelmente da parte autora”. (TJSC. Apelação Cível 2014.003321-5, de Balneário Piçarras, Rel. Des. Marcus Tulio Sartorato. 3ª Câmara de Direito Civil, j. em 11/03/2014).

³⁰ Portaria nº 2 de 03 de novembro de 2010, publicação no DOESC em 05/11/2010.

³¹ GOMES, 2010, p. 183.

pacífica, pública e contínua da casa residencial de uma família é diferente da sua casa de praia utilizada apenas nos finais de semana.

O que se deve observar, não são os atos exteriores que demonstram a exploração material do bem, mas sim o fato de que determinada pessoa possui o *controle* sobre a coisa, ainda que existam períodos em que não há o contato físico, de ociosidade, afastamento breve e temporário (viagens, etc.), circunstâncias fortuitas inevitáveis (enchentes, etc.).³²

Portanto, havendo o controle sobre a coisa a posse não perde as características acima, o que objetivamente depende das características do bem sobre o qual a posse é exercida, demonstrando a flexibilidade destes conceitos e necessidade de adaptação aos casos concretos. Ademais, “o poder que se tem sobre uma coisa pode justamente viabilizar que ela seja mantida inexplorada”.³³

Em algumas modalidades de usucapião é necessário exercer atividade de exploração com determinada finalidade, são exemplos os casos de posse moradia e posse trabalho, o que exige maior cautela na análise dos aspectos da posse mencionados neste tópico.

Além disso, é necessário observar com a mesma flexibilidade os casos de oposição aptos a descaracterizar a posse mansa e pacífica. Primeiramente, a legitimidade para se opor pertence apenas àquele que teve algum direito violado, apenas este é o legítimo interessado em afastar a posse (p.ex. o proprietário, o usufrutuário, etc.). “Oposições feitas por quem não tenha legítimo interesse em interromper a posse do usucapiente devem ser desconsideradas, sendo inaptas para impedir a consumação do usucapião”.³⁴

Ademais, a oposição pode ser realizada judicialmente ou extrajudicialmente, desde que antes do decurso do prazo da usucapião, sob pena de ficar sem efeito. Claudio Ferreira Pazini assim diz:

[...] não que não se deve, pois, instituir regra fixa a respeito do tipo de oposição capaz de inviabilizar o usucapião. Além da oposição judicial, as extrajudiciais devem ser consideradas desde que demonstrem ostensiva diligência e empenho na recuperação da coisa, pelo modo adequado, que varia a depender do caso concreto.³⁵

A oposição judicial decorre da existência de ações possessórias próprias dispostas em lei para reagir contra a posse do usucapiente, quais sejam: reintegração de posse e

³² O Superior Tribunal de Justiça adota este entendimento, “a caracterização da posse nem sempre se dá pelo contato físico com a coisa, muitas vezes prescindindo de exteriorização material, bastando a existência de um poder de fato sobre o bem”. (STJ. REsp 1003305/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 18/11/2010).

³³ PAZINI, 2012, p. 25.

³⁴ PAZINI, 2012, p. 29.

manutenção de posse, ou ainda a ação reivindicatória (caso seja proprietário). Quanto à oposição extrajudicial, parte da doutrina discorda do entendimento acima, dizendo que não mais se admite interrupção no lapso da usucapião pela via extrajudicial (notificação, cartas etc.), devendo ser adotada apenas a oposição judicial.³⁶ Entretanto, opta-se, neste trabalho, pelo entendimento do Dr. Pazini, acrescida da possibilidade de defesa direta disposta no artigo 1.210, §2º, do Código Civil.³⁷

Em relação à oposição judicial, os Tribunais Pátrios já adotaram alguns posicionamentos importantes, em especial o Superior Tribunal de Justiça, quando entendeu que a extinção da ação possessória sem resolução de mérito, bem como a sua improcedência, não interrompem o prazo de usucapião (REsp 1.088.082/RJ e REsp 149.186/RS)³⁸. Portanto, tornando-se a coisa litigiosa interrompe-se o prazo da usucapião somente no caso de procedência da ação do contestante, caso contrário, o prazo da usucapião continuará transcorrendo.

1.5.5 Decurso de tempo

Somadas as características apontadas nos itens anteriores, é necessário o exercício da posse durante o período de tempo fixado em lei para ensejar a usucapião, sendo que este prazo determinado varia de acordo com a modalidade de usucapião. Assim, identificar quando se deu o início da posse é essencial, motivo pelo qual deve restar comprovado desde a propositura da inicial da ação de usucapião, uma vez que “não comprovado o início da posse, a pretensão pode ser negada”.³⁹ O termo final do prazo será a data da propositura da demanda, pois, via de regra, nesta data todos os requisitos devem estar rigorosamente cumpridos, em especial a posse e o tempo.⁴⁰

Os prazos de usucapião variam de quinze até dois anos. A usucapião extraordinária é a espécie com prazo mais longo, 15 (quinze) anos, conforme o artigo. 1.238,

³⁵ PAZZINI, 2012, p. 31.

³⁶ FARIAS & ROSENVALD, 2012, p. 419.

³⁷ Art. 1.210, § 1º. O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

³⁸ “A citação realizada em ação possessória, extinta sem resolução de mérito, não tem o condão de interromper o prazo da prescrição aquisitiva. Precedentes.” (STJ. REsp 1.088.082/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. 4ª Turma, j. em 02/03/2010). “Segundo a jurisprudência dominante desta Corte, a citação promovida em ação possessória julgada improcedente não interrompe o prazo para a aquisição da propriedade pela usucapião.” (STJ. AgRg no REsp 944.661/MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. 3ª Turma, j. em 13/08/2013).

³⁹ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 746.

⁴⁰ RIBEIRO, 2007, v. I, p. 753.

caput, do Código Civil.⁴¹ A usucapião ordinária tem prazo de 10 (dez) anos (artigo 1.242, caput, do Código Civil).⁴² O prazo será de 5 (cinco) anos para as usucapiões constitucionais rurais e urbanas (artigos 183 e 191, da Constituição Federal)⁴³, bem como para a usucapião coletiva (artigo 10 da Lei 10.257/2001).⁴⁴ Além destas, existem espécies com outros prazos, mas que não serão objeto deste estudo, motivo pelo qual não serão citadas.

É importante mencionar que a posse qualificada pela moradia ou pelo trabalho é capaz de reduzir em 5 (cinco) anos o prazo da usucapião ordinária e da usucapião extraordinária, na forma dos artigos 1.238, parágrafo único e 1.242, parágrafo único, ambos do Código Civil.

Além disso, existem outros fatores que influenciam no computo do prazo da usucapião da propriedade, que são o somatório de prazos das posses anteriores e as regras de transição do Código Civil de 2002, uma vez que tais institutos também serão aplicados à usucapião do usufruto e da servidão.

O somatório das posses está expressamente previsto no artigo 1.243 do Código Civil de 2002⁴⁵, permitindo ao usucapiente acrescer ao prazo da sua usucapião o período de posse de outro possuidor. No tocante às regras de transição (artigos 2.028 e 2.029), cumpre mencionar que o Código Civil de 2002 trouxe esta disciplina para harmonizar o transcurso dos prazos que se iniciaram na vigência do Código Civil de 1916.⁴⁶

Por fim, interessa mencionar que as eventuais causas obstativas, suspensivas ou interruptivas do prazo da aquisição originária da propriedade pela usucapião (artigo 1.244 do

⁴¹ 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 requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

⁴² Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

⁴³ Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

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.

⁴⁴ Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

⁴⁵ Art. 1.243. O possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a dos seus antecessores (art. 1.207), contanto que todas sejam contínuas, pacíficas e, nos casos do art. 1.242, com justo título e de boa-fé.

⁴⁶ Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

Código Civil)⁴⁷, também se estendem à usucapião do usufruto e da servidão e devem ser analisadas de acordo com o caso concreto.

1.5.6 Justo Título e Boa-fé

O justo título é um requisito apenas da modalidade de usucapião ordinário (artigo 1.242 do Código Civil). Aquele que ingressa na posse como usurpador não cumpre este requisito, mas o proprietário putativo, que adquire o bem *supostamente* da maneira legal e acredita ser o seu proprietário, cumpre com este requisito.

O Superior Tribunal de Justiça assim entende:

Por justo título, para efeito da usucapião ordinária, deve-se compreender o ato ou fato jurídico que, em tese, possa transmitir a propriedade, mas que, por lhe faltar algum requisito formal ou intrínseco (como a venda *a non domino*), não produz tal efeito jurídico. Tal ato ou fato jurídico, por ser juridicamente aceito pelo ordenamento jurídico, confere ao possuidor, em seu consciente, a legitimidade de direito à posse, como se dono do bem transmitido fosse ("*cum animo domini*").⁴⁸

Neste caso, o proprietário putativo é beneficiado com a diminuição do prazo da usucapião, uma vez que “exerce posse sobre a coisa após um ato ou fato tendente a atribuir-lhe a condição de proprietário, mas que não o faz em razão de algum vício ou irregularidade impeditiva. A esse ato ou fato dá-se o nome de justo título”.⁴⁹

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald exemplificam:

O justo título pode se concretizar em uma escritura de compra e venda, formal de partilha, carta de arrematação, enfim, um instrumento extrinsecamente adequado à aquisição do bem por modo derivado. Importa que contenha aparência de legítimo e válido, com potencialidade de transferir direito real, a ponto de induzir qualquer pessoa normalmente cautelosa a incidir em equívoco sobre a sua real situação jurídica perante a coisa.⁵⁰

Além disso, importante mencionar que o justo título dispensa a formalidade do registro para fins de usucapião, essa é a corrente majoritária atual.⁵¹ Foi inclusive editado o

⁴⁷ Art. 1.244. Estende-se ao possuidor o disposto quanto ao devedor acerca das causas que obstem, suspendem ou interrompem a prescrição, as quais também se aplicam à usucapião.

⁴⁸ STJ. REsp. 652.449/SP, Rel. Min. Massami Uyeda. 3ª Turma, j. em 15/12/2009.

⁴⁹ PAZINI, 2012, p. 37

⁵⁰ FARIAS & ROSENVALD, 2012, p. 422.

⁵¹ Existem opiniões contrárias, especialmente quanto aos efeitos da usucapião com registro e sem registro do título. Assim explica o Dr. Claudio Ferreira Pazini (2012, p.47): “os direitos do usucapiente ordinário serão oponíveis a terceiros se o justo título houver sido levado a registro. Do contrário, seu direito será oponível tão somente ao ex-proprietário, com quem negociou, devendo tolerar os ônus reais constituídos em favor de terceiros, ainda que após o início de sua posse”.

Enunciado nº 86 da 1ª Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal nos seguintes termos: “A expressão “justo título” contida nos arts. 1.242 e 1.260 do CC abrange todo e qualquer ato jurídico hábil, em tese, a transferir a propriedade, independentemente de registro.” Nota-se que esta corrente relativiza o disposto no artigo 1.245 do Código Civil.⁵²

No mesmo sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

O compromisso de venda e compra, ainda que desprovido de registro, é tido pela jurisprudência desta Corte Superior como título hábil a embasar a ocorrência da usucapião ordinária. Foi o que decidiu a Terceira Turma quando do julgamento do REsp n. 32.972-SP, relator designado o Ministro Nilson Naves, em consonância com o qual, gerando a promessa de compra e venda o direito à adjudicação, gera também o direito à aquisição por usucapião ordinário (cfr. RSTJ vol. 88, pág. 101).⁵³

Assim sendo, é interessante apontar as hipóteses mais comuns em que se evidencia o justo título. Primeiro, cita-se a *venda a non domino*, nada mais é que a venda efetuada por um transmitente que não é o dono da coisa, mas o adquirente não tem ciência disso, neste caso, o real proprietário pode reaver o seu bem, bem como caso não o faça poderá ocorrer a usucapião do adquirente se cumpridos os requisitos.

Em segundo lugar, aponta-se a possibilidade do transmitente ser o verdadeiro proprietário do bem, mas o ato jurídico possui vício passível de invalidação por nulidade ou anulabilidade. P.ex. uma venda onde o alienante é absolutamente incapaz sem a devida representação, caso não haja oposição e ocorra o transcurso do prazo sob as condições legais, o adquirente poderá usucapir. Quando se tratar de vício de nulidade a aquisição se dará apenas pela usucapião, agora quando existir vício de anulabilidade, além da usucapião, poderá ocorrer a convalidação do ato constitutivo da propriedade. Por último, pode ocorrer que o título não atenda ao plano da eficácia, apesar da alienação ter sido feita pelo real proprietário, sem qualquer vício de nulidade ou anulabilidade.⁵⁴

Portanto, “não basta, pois, que o adquirente tenha a convicção de que adquiriu mediante justo título. É preciso que o título tenha existência real”.⁵⁵ Não se confunde existência real com documento ou instrumento, pois o justo título pode estar materializado em documento ou não. Dentre os atos mais comuns que podem ser considerados justo título, Orlando Gomes lista (2010, p. 187): a) a compra e venda; b) a troca; c) a dação em pagamento; d) a doação; e) o dote; f) o legado; g) a arrematação; h) a adjudicação; i) o

⁵² Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

⁵³ STJ. REsp. 174.108/SP, Rel. Min. Barros Monteiro. 4ª Turma, j. em 15.09.2005.

⁵⁴ SALLES, 2006, p. 127.

⁵⁵ GOMES, 2010, p. 187.

compromisso de compra e venda. Acrescenta-se a este rol, a sucessão causa mortis, a tradição (quando se tratar de bem móvel), o contrato de gaveta (Resp 652.449/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Massami Uyeda – J. 15/12/2009), etc.

Percebe-se que, ainda que o ato ou fato jurídico esteja carente de requisito formal ou intrínseco, será reconhecido como justo título, desde que *supostamente* constitua a propriedade em favor do adquirente, e este acredite ser proprietário em seu consciente, flexibilizando-se o princípio de que o desconhecimento da lei é inescusável (artigo 3º da LINDB)⁵⁶, de acordo com as circunstância do caso concreto.⁵⁷

Agora, deve ficar claro que não é necessária a transmissão do domínio, pois se esta ocorresse a propriedade do bem já pertenceria ao adquirente, de modo que não se fala em usucapir aquilo que já foi adquirido.

Da mesma forma que o justo título, a boa-fé também é um requisito apenas da usucapião na modalidade ordinária, e se caracteriza pela crença do adquirente de que sua aquisição foi válida e que está exercendo a posse sobre um bem que lhe pertence⁵⁸. “É a *opinio domini* do possuidor”.⁵⁹ Em razão disso, apesar da possibilidade, via de regra, este adquirente não propõe ação de usucapião, justamente porque já acredita ser seu o bem, entretanto, em caso de oposição, poderá alegar a usucapião como forma de defesa.

Pode-se dizer, então, que existindo o justo título presume-se a boa-fé do adquirente. Contudo, essa presunção é *juris tantum*, podendo a parte prejudicada provar a má-fé do adquirente. Além disso, pode existir justo título sem a boa-fé, quando, por exemplo, o comprador tem ciência que o bem adquirido não pertence à pessoa que está lhe vendendo. Sendo assim, somente será possuidor de boa-fé, aquele que ignora o vício contido no título que lhe outorga a propriedade do bem e acredita que a coisa lhe pertence de forma válida e lícita.⁶⁰

Portanto, “se não tinha razoáveis condições de conhecer o vício que impedia a aquisição do bem, terá agido mediante erro escusável e, portanto, atenderá ao requisito da boa-fé”.⁶¹ O erro escusável deverá ser analisado caso a caso, de acordo com as condições das pessoas envolvidas, não basta realizar uma simples análise dos critérios do homem médio, porque nem todas as pessoas possuem essa capacidade, bem como dependendo dos atos e

⁵⁶ Art. 3º - Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

⁵⁷ Para José Carlos de Moraes Salles, “ainda em tema de justo título, deve ser destacado que sua caracterização ou não há de ser examinada caso a caso”. (2006, p. 134)

⁵⁸ SALLES, 2006, p. 136.

⁵⁹ PAZINI, 2012, p. 48.

⁶⁰ SALLES, 2006, p. 138-139.

⁶¹ PAZINI, 2012, p. 50.

fatos realizados, nem mesmo alguém com certa capacidade intelectual conseguiria perceber os vícios. De tal modo, todas as circunstâncias do caso concreto devem ser levadas em consideração nesta análise.

Quando se trata de desconhecimento da lei, já foi mencionado acima a possibilidade de flexibilização do artigo 3º da LINDB para admitir o justo título. Agora, em relação à boa-fé não se pode afirmar o mesmo, de modo que o erro de direito é inescusável, não por induzir má-fé, mas simplesmente por impedir a usucapião.

Portanto, a boa-fé “só se converte em má-fé quando as circunstâncias do caso concreto indicarem que o possuidor sabe que a coisa não lhe pertence”.⁶² Neste caso, não será possível usucapir pela via ordinária, mas sim pela via extraordinária.

Por fim, é importante frisar que a boa-fé deve perdurar do início da posse até o término do lapso temporal.⁶³ Assim sendo, é importante que o adquirente tenha cautela e diligencie quando da aquisição do bem, no sentido de analisar a condição pessoal do alienante, da coisa e do título. Estes procedimentos são chamados de *due diligence*, e quando realizados excluem a possibilidade de erro inescusável. No caso do adquirente tomar conhecimento do vício somente após o decurso do prazo legal (má-fé superveniente), não haverá prejuízo à usucapião.

1.6 Usucapião como defesa

Como muitas vezes o titular da ação de usucapião não a propõe, justamente por acreditar que a coisa já lhe pertence, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 237 em 13/12/1963, que permite a alegação da usucapião em defesa nas ações judiciais propostas pelo real proprietário contra o atual possuidor, seja possessória, reivindicatória, demolitória, demarcatória, divisória, etc. Além disso, a defesa por meio da usucapião somente terá êxito se a ação do proprietário tiver sido proposta após o decurso do prazo legal da usucapião, pois neste caso os poderes de proprietário não podem mais ser reivindicados por aquele que já os perdeu.⁶⁴

Com efeito, alguém pode possuir um imóvel (ou direito real) pelo tempo e com os requisitos necessários à aquisição da propriedade (ou de outro direito real) pela usucapião e, entretanto, não ter ajuizado a competente ação de usucapião para ver declarado o seu direito em sentença que lhe sirva de título para o registro, nos termos dos arts. 167,1, 28 e 168 da Lei 6.015, de

⁶² PAZZINI, 2012, p.54.

⁶³ SALLES, 2006, p. 139.

⁶⁴ PAZZINI, 2012, p. 48.

31.12.1973 (Lei de Registros Públicos) no registro de imóveis. Nem por isso, contudo, terá deixado de adquirir o imóvel (ou o direito real), pois, mais uma vez repetimos, a sentença proferida na ação de usucapião é simplesmente declaratória e não constitutiva de direito.⁶⁵

Assim sendo, a doutrina e a jurisprudência frisam que, apesar de acolhida a defesa do usucapiente e ocorrer a improcedência da demanda, não haverá coisa julgada material em relação à usucapião, não valendo esta sentença como título hábil para o usucapiente registrar no ofício imobiliário a aquisição da propriedade.⁶⁶ Este é o entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

A usucapião pode sim ser alegada como matéria de defesa em ação reivindicatória, mas com o intuito único e exclusivo de afastar a pretensão possessória, eis que a prescrição aquisitiva, para fins de registro imobiliário, não pode ser reconhecida em outro procedimento que não seja a própria ação de usucapião, a qual possui rito próprio.⁶⁷

Apesar deste entendimento majoritário, já está prevista no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade da sentença que reconhecer a usucapião alegada em defesa constituir título hábil ao registro imobiliário. Entretanto, para que isso ocorra, cabe ao juiz promover todos os atos necessários para adaptar os procedimentos de acordo com o direito material que está em discussão, convocando os demais litisconsortes, determinando a intimação do Ministério Público e das Fazendas Públicas, e promovendo os demais atos cabíveis, de modo a conferir efetividade ao instituto da usucapião e promover a coisa julgada material com eficácia *erga omnes*.

Entretanto, esta hipótese está prevista somente para algumas espécies de usucapião, como a especial urbana e rural, nos artigos 13 da Lei 10.257/01 e 7º da Lei 6969/81.⁶⁸ Todavia, não se visualiza nenhum empecilho em estender este entendimento às demais modalidades de usucapião, vez que isto concretiza os princípios da economia processual e da função social da posse.⁶⁹

Assim sendo, mais correto não seria o Enunciado nº 315 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal:

⁶⁵ SALLES, 2006, p. 176.

⁶⁶ SALLES, 2006, p. 177. Por outro lado, a mesma doutrina admite o acolhimento de pretensão reivindicatória feita em reconvenção pelo réu de ação de usucapião.

⁶⁷ TJSC. AC n. 2013.043122-9, de Garopaba, Rel. Des. Saul Steil. 3ª Câmara de Direito Civil, j. em 20/08/2013.

⁶⁸ Art. 13. A usucapião especial de imóvel urbano poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para registro no cartório de registro de imóveis.

Art. 7º. A usucapião especial poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para transcrição no Registro de Imóveis.

⁶⁹ FARIAS & ROSENVALD, 2012, p. 478-481.

O art. 1.241 do Código Civil permite que o possuidor que figurar como réu em ação reivindicatória ou possessória formule pedido contraposto e postule ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel, valendo a sentença como instrumento para registro imobiliário, ressalvados eventuais interesses de confinantes e terceiros.⁷⁰

Esta possibilidade também se estende à usucapião do usufruto e da servidão, motivo pelo qual a sua abordagem é de suma importância.

1.7 Efeitos da usucapião

A usucapião, como já visto, é um modo originário de aquisição da propriedade, em razão da posse exercida com ânimo de dono, prolongada no tempo, e com os demais aspectos legais. Portanto, “a aquisição da propriedade dá-se no momento em que o possuidor conclui o lapso legal na posse do bem tendo preenchidos os requisitos legais (que variam de acordo com a modalidade de usucapião pretendida)”.⁷¹

A ação de usucapião está disposta nos artigos 941 a 945 do Código de Processo Civil e o seu principal efeito, portanto, é confirmar/declarar o direito real do possuidor sobre a coisa.⁷² Não se confunde o bem móvel ou imóvel com o direito real usucapido.

Apesar de não haver unanimidade na doutrina, os Tribunais e, em especial o Superior Tribunal de Justiça, entendem que a usucapião opera-se *ex tunc*, isto é, retroage até a data em que se iniciou a posse.

DIREITO CIVIL. USUCAPIÃO. SENTENÇA DECLARATÓRIA. EFEITO EX TUNC. ÔNUS REAL. HIPOTECA CONSTITUÍDA NO CURSO DA POSSE AD USUCAPIONEM. NÃO-PREVALECIMENTO DO GRAVAME CONTRA O USUCAPIENTE. 1. Consumada a prescrição aquisitiva, a titularidade do imóvel é concebida ao possuidor desde o início de sua posse, presentes os efeitos *ex tunc* da sentença declaratória, não

⁷⁰ Este enunciado vem corroborar o disposto nos artigos 13 da Lei 10.257/01 e 7º da Lei 6969/81, instituindo um verdadeiro caráter dúplice à ação em que a usucapião é alegada em defesa, de modo que, se acolhida a pretensão do réu, a decisão seja levada a registro, fazendo coisa julgada material.

⁷¹ PAZINI, 2012, p. 66.

⁷² A natureza declaratória da ação de usucapião decorre do disposto nos artigos 1.241 do Código Civil e 941 do Código de Processo Civil. “Art. 1.241. Poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel. Parágrafo único. A declaração obtida na forma deste artigo constituirá título hábil para o registro no Cartório de Registro de Imóveis”, e “Art. 941. Compete a ação de usucapião ao possuidor para que se lhe declare, nos termos da lei, o domínio do imóvel ou a servidão predial” (grifou-se). Em razão destes dispositivos entende-se que a ação de usucapião não pode ser considerada constitutiva. Além disso, caso se considere a natureza constitutiva, a alegação da usucapião em defesa estará prejudicada, pois se o possuidor não é considerado proprietário da coisa antes da procedência da ação, não poderá alegar que esta já lhe pertence nas ações em que for réu.

havendo de prevalecer contra ele eventuais ônus constituídos, a partir de então, pelo anterior proprietário. 2. Recurso especial não-conhecido.⁷³

A adoção do efeito *ex tunc* para a usucapião não está prevista em lei, entretanto, isso se faz necessário para resguardar os direitos dos terceiros de boa-fé que eventualmente tenham negociado com o possuidor, na crença de que ele era o proprietário do bem. Assim, o efeito *ex tunc* acarreta algumas consequências:

- 1º) Todos os atos praticados pelo possuidor são válidos;
- 2º) Mesmo que fosse possuidor de má-fé, não estará obrigado a restituir os frutos da coisa;
- 3º) Os atos praticados pelo proprietário no decurso do prazo da usucapião decaem, se esta é consumada. Desse modo, se o possuidor constitui direitos reais sobre o bem, consideram-se válidos desde o momento da constituição, uma vez consumada a usucapião.⁷⁴

Portanto, “se o usucapião elimina o direito de propriedade do anterior proprietário, que é mais amplo, também deve eliminar os direitos reais menos amplos (hipoteca, usufruto, etc.) constituídos em favor de terceiros, antes ou depois do início da posse *ad usucapionem*”.⁷⁵

Abordados os aspectos principais da usucapião da propriedade, passa-se a estudar a disciplina jurídica dos direitos reais de usufruto e servidão, a fim de entender a possibilidade da aquisição destes institutos por meio da aplicação analógica dos preceitos apresentados neste primeiro capítulo.

⁷³ STJ. REsp. 716.753/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha. 4ª Turma, j. em 15/12/2009.

⁷⁴ GOMES, 2010, p. 188.

⁷⁵ PAZZINI, 2012, p. 69.

2. TUTELA JURÍDICA DOS DIREITOS REAIS DE SERVIDÃO E DE USUFRUTO

Após a apresentação no primeiro capítulo dos aspectos fundamentais da usucapião da propriedade, é importante destacar as principais características dos direitos reais sobre coisas alheias de usufruto e de servidão, trazendo embasamento, legal, doutrinário e jurisprudencial, mas sem nenhuma pretensão de encerrar as discussões sobre o assunto ou mesmo aborda-lo em sua completude.

Objetiva-se caracterizar neste capítulo, que os direitos de usufruto e servidão resultam da decomposição do direito de propriedade, pois atribuem poderes que via de regra pertencem ao proprietário, quais sejam, o uso e o gozo. Essa abordagem se faz necessária para facilitar a compreensão da aquisição destes direitos reais por meio da usucapião.

2.1 Direito real de servidão

Atualmente, em razão da melhora do planejamento urbano e na forma em como as áreas de terras, lotes, terrenos estão sendo dimensionados, facilitando o acesso às redes de serviço público (água, esgoto, energia elétrica, etc.) e ao logradouro público, as servidões entre imóveis vizinhos não são mais amplamente utilizadas. Isso faz com que muitas pessoas não acreditem que o instituto da servidão ainda seja utilizado.

Entretanto, existem diversas situações onde a servidão ainda é um instituto útil para resolver os problemas do dia a dia, como, por exemplo, em imóveis rurais com difícil acesso ao arruamento, em locais urbanos desprovidos do melhor planejamento, quando um imóvel é partilhado em inventário ou ocorre a venda de fração ideal do bem, entre tantas outras situações que poderiam ser citadas.

Percebe-se, então, que apesar da servidão de ser um instituto menos utilizado nos dias de hoje, ainda serve para viabilizar e facilitar a exploração de determinados imóveis. Diante disso, o Código Civil de 2002 dispôs juridicamente sobre a servidão.

2.1.1 Definição e principais características

A servidão é um direito real sobre a coisa alheia imóvel (artigo 1.225, inciso III, do Código Civil),⁷⁶ que nasce da vontade dos proprietários e consiste em restrições impostas a

⁷⁶ Art. 1.225. São direitos reais: [...] III - as servidões;

um prédio (serviente), para proporcionar ou melhorar as condições de aproveitamento de outro prédio (dominante), pertencente a dono diverso (artigo 1.378 do Código Civil).⁷⁷

A definição trazida por Orlando Gomes é idêntica: “servidão é o direito real sobre a coisa imóvel, que lhe impõe um ônus em proveito de outra, pertencente a diferente dono. O prédio que suporta a servidão chama-se *serviente*. O outro, em favor do qual se constitui, denomina-se *dominante*”.⁷⁸

O primeiro ponto que merece destaque é o fato de que a servidão é uma relação entre dois ou mais prédios/imóveis distintos, com proprietários também diferentes. Esta é a lição de Arnaldo Wald: “a servidão adere ao prédio, e só existe quando os titulares dos prédios serviente e dominante são pessoas diferentes. Ninguém pode ter servidão sobre o prédio que lhe pertence. No caso de identidade dos proprietários dos dois prédios, há simples serventia, e não servidão”.⁷⁹

Por força do direito de propriedade, o proprietário pode exercer todos os direitos decorrentes do domínio da forma que desejar, portanto, é juridicamente inútil a constituição de servidão em imóveis de um mesmo proprietário.

Além disso, é necessário que os prédios sejam vizinhos, mas não necessariamente que sejam contíguos. Contudo, os imóveis devem ser próximos, de modo que a servidão seja exercida em efetiva utilidade do prédio dominante, podendo, em certos casos, os benefícios ou restrições alcançarem prédios separados ou remotos. “É o que sucede, por exemplo, na servidão de aqueduto, em que o proprietário de um prédio tem o direito real de passar água por muitos outros, dos quais só um deles lhe é contíguo”.⁸⁰

Como visto, a servidão se trata de um ônus que é imposto a um prédio e não a uma pessoa, representando, assim, um benefício ao imóvel dominante, independentemente das pessoas a que pertença. Isto é, a servidão serve a coisa e não o seu dono, pois a sua função econômica é corrigir as desigualdades existentes entre dois prédios, aumentando a utilidade do prédio dominante, transferindo a ele qualquer forma de proveito ou fruição, mesmo que

⁷⁷ Art. 1.378. A servidão proporciona utilidade para o prédio dominante, e grava o prédio serviente, que pertence a diverso dono, e constitui-se mediante declaração expressa dos proprietários, ou por testamento, e subsequente registro no Cartório de Registro de Imóveis.

⁷⁸ GOMES, 2010, p. 293.

⁷⁹ WALD, 2011, p. 262.

⁸⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, vol. 5: Direitos das Coisas*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 436

seja para mero embelezamento e conforto.⁸¹ Não havendo vantagem alguma, não existe servidão.

Para Washington de Barros Monteiro, “essa regra distingue servidão de obrigação, porquanto o dono do prédio serviente não se obriga à prestação de um fato positivo (*in faciendo*) ou negativo (*in non faciendo*), mas apenas assume o encargo de suportar certas limitações instituídas em favor do dominante”.⁸²

Assim sendo, frisa-se que

não serão os prédios os sujeitos da servidão, mas o seu objeto. [...] a titularidade das situações jurídicas recairá sobre A e B, pelo fato de ocasionalmente serem os proprietários dos prédios dominante e serviente. [...] diz-se que a servidão predial serve a coisa, não o dono. Esta frase serve para distinguir obrigação de servidão. Na primeira o homem se obriga a prestar algo e na segunda é a coisa que fica onerada. Sendo certo que toda a relação jurídica, inclusive a de direito real, é personalista, este princípio perde em importância prática.⁸³

Além disso, a servidão é considerada um direito real acessório, sem existência autônoma, uma vez que ela está totalmente ligada ao direito de propriedade do prédio dominante, inseparável deste, de tal modo que o titular da propriedade será o titular da servidão. Nas palavras de Orlando Gomes, “o ônus adere à coisa e a companhia em todas as transferências do seu domínio, opondo-se *erga omnes*”⁸⁴, gerando assim uma obrigação *propter rem*.

A título exemplificativo:

constituída servidão de captação de águas em imóvel alheio, esse direito será de quem assumir a titularidade (ou a posse) do imóvel dominante. Desse modo, em caso de alienação do prédio dominante, o alienante deixará de ter o poder de captar águas no imóvel serviente e essa faculdade passará ao adquirente. A finalidade da servidão é proporcionar melhor utilidade ou aproveitamento do imóvel.⁸⁵

Deste caráter de direito acessório, decorrem os aspectos de inalienabilidade, indivisibilidade e perpetuidade da servidão. A inalienabilidade decorre do fato da servidão se constituir unicamente sobre bens imóveis, não podendo se separar da coisa principal (sem

⁸¹ Apesar do imóvel ser o beneficiário imediato, “o proprietário do prédio dominante é mediatamente beneficiado, mas por um efeito reflexo da utilidade deferida a seu prédio”. (FARIAS & ROSENVALD, 2012, p. 785) (grifou-se)

⁸² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil, vol. 3: Direito das Coisas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 395.

⁸³ FARIAS & ROSENVALD, 2012, p. 786.

⁸⁴ GOMES, 2010, p. 294

⁸⁵ PAZINI, 2012, p. 100.

existência autônoma), é, portanto, insuscetível de alienação ou transferência independente da propriedade, não se transferindo a outro prédio.

Em relação ao aspecto indivisível, a servidão não pode ser adquirida ou extinta em partes, bem como não se desdobra caso o prédio sofra divisões, salvo, por exemplo, quando a servidão de passagem atinge apenas quinhão ideal do imóvel. Nesse caso, nada justifica manter o gravame sobre todo o bem, de modo que somente a parte abrangida pelo encargo deverá ser gravada (artigo 1.386 do Código Civil).⁸⁶

Por fim, considera-se que a servidão é perpétua, ou seja, de duração indefinida, tal qual o direito de propriedade a que ela adere, embora nada impeça que ela seja constituída por tempo determinado.

Após esta breve abordagem sobre as principais características da servidão, ficou clara a sua íntima relação com a função social, nas palavras de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald,

A explicação é singela: a Constituição Federal e o Código Civil exigem que o titular conceda uma destinação socialmente útil à coisa. Mas, para isto, deverá ele extrair todas as suas potencialidades. Nada obstante, em várias ocasiões, a propriedade não estará apta a desempenhar o seu fundamental papel, em razão de limitações físicas ao exercício da mais ampla fruição do bem imóvel. Daí decorre a necessidade do prédio serviente desempenhar função solidária, no sentido de propiciar ao prédio dominante as condições necessárias a sua normal atuação.⁸⁷

Interessa agora abordar de forma breve algumas diferenças entre a servidão e outros institutos jurídicos, o que auxiliará na análise da sua forma de aquisição pela usucapião.

2.1.2 Diferenciações importantes

Servidão não se confunde com o direito de usufruto. A servidão visa exclusivamente viabilizar e incrementar a exploração do imóvel beneficiado, não se trata de vínculo pessoal, ainda que favoreça o titular do domínio de maneira indireta. Diferencia-se do usufruto, posto que neste direito real os poderes são atribuídos em benefício da pessoa, e não de imóveis.

Orlando Gomes cita outras características que fortalecem esta diferenciação:

⁸⁶ Art. 1.386. As servidões prediais são indivisíveis, e subsistem, no caso de divisão dos imóveis, em benefício de cada uma das porções do prédio dominante, e continuam a gravar cada uma das do prédio serviente, salvo se, por natureza, ou destino, só se aplicarem a certa parte de um ou de outro.

⁸⁷ FARIAS & ROSENVALD, 2012, p. 784.

O usufruto implica cessão do direito de uso e gozo da coisa ao usufrutuário, dos quais fica temporariamente privado o proprietário. A servidão é encargo que não impede o proprietário de usar e gozar sua propriedade. O usufruto pode recair assim nos bens imóveis como nos móveis, corpóreos, como incorpóreos, enquanto a servidão incide em coisas imobiliárias de certa espécie, como o solo e as construções. [...] O usufruto é temporário; a servidão, perpétua.⁸⁸

Do ponto de vista prático, a servidão também não se confunde com atos de mera tolerância/permissão (artigo 1.208 do Código Civil).⁸⁹ É comum o proprietário permitir que o seu vizinho pratique atos sob o seu prédio, sem demonstrar a intenção de constituir um direito real de servidão no local a seu favor. A repetição destes atos não configuram a servidão, podendo ser proibidos a qualquer tempo pelo proprietário. Para Orlando Gomes, “jamais constituirão objeto de um direito, mesmo quando, aparentemente, possam dar a impressão de que se trata de uma servidão, como é, por exemplo, o caso do trânsito tolerado por simples cortesia”.⁹⁰

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald acrescentam que, os atos de tolerância

são precários e transitórios, consistindo em condescendência e cortesia do proprietário a condutas praticadas por terceiros em seu imóvel. Como direito potestativo, a todo tempo os atos de uso e fruição podem ser proibidos, pois jamais constituirão objeto de um direito real, como o caso do trânsito tolerado pelo prédio vizinho, sem qualquer indicação de permanência, por simples cortesia. Já a servidão não se presume, sua interpretação e restritiva, pois em princípio a propriedade é plena. Assim, o ônus da prova quanto à sua existência incumbirá a quem dela se aproveite e caso demonstrada, seu exercício será o menos oneroso possível para o prédio serviente. O direito real demanda a sua aquisição por um título convencional (contrato, testamento) ou pela via da posse prolongada na usucapião.⁹¹

A fim de verificar como essa situação é observada na prática, diversas decisões judiciais foram analisadas, feito isso, optou-se por colacionar abaixo algumas situações onde os magistrados entenderam existir somente atos de mera tolerância, e não servidão:

Falta de visibilidade da passagem:

Considera-se mero ato de permissão a passagem sobre caminho que não é demarcado nem visível, cujo traçado é alterado no decorrer dos anos, o qual não é apto para configurar da servidão de passagem. Ademais, atos de mera permissão ou tolerância não induzem posse, motivo pelo qual não se confere direitos e pretensões possessórias.⁹²

Expressa autorização para a utilização da passagem:

⁸⁸ GOMES, 2010, p. 294.

⁸⁹ Art. 1.208. Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade.

⁹⁰ GOMES, 2010, p. 295.

⁹¹ FARIAS & ROSENVALD, 2012, p. 790.

⁹² TJRS. AC n. 70057036766, Des. Rel. Marco Antonio Angelo. 19ª Câmara Cível j. em 11/03/2014.

Consignado na própria exordial da ação possessória que a passagem sobre o terreno em litígio foi constituída mediante o “gracioso consentimento” do então proprietário, resta demonstrada a existência da “permissão” prevista no artigo 497 [atual 1.208 do Código Civil de 2002], que afasta a existência de posse, por conseguinte, a alegada “servidão de trânsito”.⁹³

Ausência de encravamento do imóvel e provas da servidão:

Não havendo encravamento predial, absoluto ou relativo, a justificar a passagem forçada como direito de vizinhança (art. 559, CC/16), tampouco inexistindo prova de servidão de passagem a legitimar o atravessadouro (art. 694, CC/16), a transposição pelo imóvel vizinho resulta de mera permissão ou tolerância, cabendo assim o seu fechamento pelos réus.⁹⁴

Não obstante as decisões acima, para o objetivo deste trabalho é de suma importância compreender que em algumas hipóteses “é preciso analisar o ânimo das partes e a regularidade com que praticavam certos atos para estabelecer a distinção entre a existência do direito de servidão e a obediência a normas de cortesia”.⁹⁵

Por fim, é importante mencionar que a servidão diferencia-se dos direitos de vizinhança, como por exemplo, da passagem forçada (artigo 1.285 do Código Civil). Existe entre estes dois institutos diferenças principalmente de origem e de finalidade, o que é suficiente para distingui-los.

Os direitos de vizinhança decorrem de texto expresso de lei ou de regulamento, são impostos a todos os prédios em razão da sua proximidade, e sua finalidade é evitar um dano (caráter preventivo), permitindo o aproveitamento do prédio. Não importam diminuição de um prédio em favor de outro, são direitos recíprocos, o que dispensa o registro imobiliário. Aliás, caso ocorra o registro não será passagem forçada, mas sim direito real de servidão.

De outro lado, a servidão resulta de negócio jurídico submetido ao registro imobiliário ou à usucapião (artigos 1.378 e 1.379 do Código Civil); não é imposta (compulsória), caracteriza-se pela voluntariedade. Além disso, não é recíproca, vez que priva um dos prédios (serviente) de algumas utilidades em benefício do outro, o que implica em desvalorização patrimonial.

Essa diferenciação também é feita pela jurisprudência, especialmente quando a resolução da lide depende da análise detalhada da servidão de passagem/trânsito e da passagem forçada. Seguem alguns precedentes elucidativos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

⁹³ TJES. AI n. 004019000332, Rel. Des. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon, 2ª Câmara Cível, j. em 18/12/2001.

⁹⁴ TJSC. AC n. 2007.026380-9, de Palhoça, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben. 2ª Câmara de Direito Civil, j. em 28/04/2011.

⁹⁵ WALD, 2011, p. 264.

A servidão de passagem é direito real, constituído, por acordo entre os envolvidos, a partir da inscrição em registro de imóvel ou por usucapião. Por sua vez, a passagem forçada, adstrita a direito de vizinhança, ocorre quando constatado que um dos imóveis não tem saída adequada para a via pública. O reconhecimento e a posterior averbação da servidão de passagem difere e possui requisitos distintos da passagem forçada, mormente quando submetido à análise do usucapião.⁹⁶

A servidão de passagem é um direito real sobre coisa alheia, instituído com a finalidade de propiciar a comodidade e a utilidade do prédio dominante, não estando condicionado, portanto, ao encravamento deste imóvel. Já o direito de passagem forçada decorre das relações de vizinhança e consiste em ônus impostos à propriedade de um vizinho para que o outro possa ter acesso à via pública. Assim, havendo prova da servidão de passagem aparente os autores fazem jus à proteção possessória.⁹⁷

SERVIDÃO DE PASSAGEM E PASSAGEM FORÇADA. INSTITUTOS JURÍDICOS QUE NÃO SE CONFUNDEM. A passagem forçada distingue-se da servidão de passagem porquanto se trata aquela de direito pessoal, afeta ao direito de vizinhança, enquanto esta se constitui direito real, voluntariamente imposto ao prédio serviente em favor do prédio dominante pertencente a dono diverso. Ainda, a passagem forçada configura-se sempre que um imóvel estiver encravado, ao passo que a servidão de passagem pode ser instituída por mera utilidade ou comodidade. Por fim, a passagem forçada decorre de força de lei ou regulamento, enquanto que a servidão de passagem emana da convenção entre as partes.⁹⁸

Arnoldo Wald traz um exemplo que facilita a visualização da diferença entre servidão de passagem e passagem forçada:

O proprietário do prédio encravado, sem acesso à via pública, pode, em virtude de lei, exigir a passagem pelo terreno alheio. É o direito de passagem forçada, ao qual já aludimos ao estudar os direitos de vizinhança. Emana da lei, e, sem ele, seria impossível ao proprietário do prédio encravado entrar e sair livremente do seu terreno. Vejamos agora uma situação distinta. Um terreno tem um acesso remoto ou estreito a determinada estrada secundária. O terreno vizinho é, todavia, atravessado por excelente estrada principal, à qual o proprietário do primeiro terreno desejaria ter acesso, pedindo, pois, que lhe seja concedida uma servidão. Depende tal concessão da boa vontade ou do interesse econômico do proprietário do prédio serviente que iria ser atravessado. Não é um direito emanado da lei. Poderá surgir em virtude de contrato que as partes venham a fazer e que, para valer contra terceiros, deverá constar no Registro de Imóveis.⁹⁹

Observados estes aspectos, analisa-se abaixo as classificações das servidões que podem ser adquiridas por usucapião.

⁹⁶ TJSC. AC n. 2011.017393-6, Rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira. 2ª Câmara de Direito Civil, j. em 14/11/2013.

⁹⁷ TJSC. AC n. 2013.057702-0, Rel. Des. Saul Steil. 3ª Câmara de Direito Civil, j. em 15/10/2013.

⁹⁸ TJSC. AC n. 2011.024491-2, Rel. Des. Trindade dos Santos. 2ª Câmara de Direito Civil, j. em 22/08/2012. (grifou-se)

⁹⁹ WALD, 2011, p. 263.

2.1.3 Classificação

Dentre as classificações de servidão que podem ser feitas, a mais importante para este estudo é aquela que as distingue pelo seu modo de exercício. Sob este ponto de vista, destaca-se as servidões aparentes e não aparentes, contínuas e descontínuas.¹⁰⁰

Opta-se pela abordagem somente destas classificações, uma vez que são as únicas que podem influenciar a análise da aquisição da servidão por meio da usucapião, conforme o próprio texto do artigo 1.379 do Código Civil: “o exercício incontestado e *contínuo* de uma servidão *aparente*, por dez anos, nos termos do art. 1.242, autoriza o interessado a registrá-la em seu nome [...]”. (grifou-se).

Nas servidões *aparentes*, proporciona-se ao titular do prédio dominante o poder de praticar atos no prédio serviente, os quais se manifestam por obras exteriores, visíveis e duradouras, como por exemplo, as servidões de aqueduto e de passagem, cujo caminho e as instalações todos percebem.

A servidão *não aparente* concede ao titular do prédio dominante o poder de exigir que algo não se faça no imóvel serviente, isto é, impõe uma obrigação de não fazer ao seu titular. Esta servidão não se revela por obras exteriores, não são visíveis, necessitando de minuciosa investigação, como por exemplo, a servidão de não construir acima de certa altura para não prejudicar a vista do prédio dominante.

Entretanto, em ambos os tipos de servidão citados, impõe-se ao titular do prédio serviente uma obrigação de não fazer, qual seja a de não perturbar o exercício da servidão, conforme o artigo 1.383 do Código Civil: “O dono do prédio serviente não poderá embaraçar de modo algum o exercício legítimo da servidão”.

A fim de demonstrar este entendimento Claudio Ferreira Pazini escreve: “Nas servidões de passagem, por exemplo, o proprietário do imóvel serviente deve não obstruir o exercício do trânsito pelo titular do imóvel dominante. Vê-se, assim, que as servidões aparentes também impõem obrigação de não fazer ao titular do imóvel serviente”.¹⁰¹

Desta forma, o que diferencia a servidão aparente da não aparente, é “o tipo de poder que se outorga ao titular imóvel dominante, que terá um poder de agir nas servidões aparentes e um poder de exigir que seu vizinho não aja nas não aparentes”.¹⁰²

¹⁰⁰ Para Benedito Silvério Ribeiro, “no que se refere à classificação das servidões, a melhor é a que as separa em contínuas e descontínuas, de um lado, e aparentes e não aparentes, de outro”. (2007, v. I, p. 468).

¹⁰¹ PAZINI, 2012, p. 101.

¹⁰² PAZINI, 2012, p. 102.

As servidões também podem ser *contínuas* ou *descontínuas*. Aqui, leva-se em consideração se os atos que o titular do prédio pode praticar são constantes ou intermitentes. A servidão *contínua*, uma vez estabelecida, subsiste e não depende de ato humano para ser exercida ininterruptamente.

Exemplo típico é a de aqueduto, em que as águas correm de um prédio a outro, sem necessidade da atuação das pessoas. Podem ser mencionadas, ainda, as de passagem de cabos e tubulações condutores de energia elétrica e de outros serviços públicos e as de iluminação e ventilação.¹⁰³

De outro lado, a servidão *descontínua* é aquela que possui o seu exercício condicionado à realização de algum ato humano atual, se renovando a cada nova ação, de modo que o imóvel serviente somente suporta o exercício da servidão durante o tempo do exercício ato, p.ex. na servidão de trânsito e na de retirada de água para encher galões, etc.

É importante frisar que, para parte da doutrina, o caráter contínuo e descontínuo da servidão pode ser visto sob dois aspectos: a intervenção ou não do homem e a permanência das obras da servidão. Esta é a opinião de Claudio Ferreira Pazini, cuja explicação segue abaixo:

Havendo obras permanentes no imóvel serviente, onerando-o de forma ininterrupta, a servidão deve ser considerada contínua, ainda que a utilização dessas obras seja intermitente. O mesmo se diga em relação a servidões de aqueduto, que são contínuas ainda que o fluxo de águas seja intermitente, devendo-se levar em conta a permanência das obras da servidão.¹⁰⁴

Fixadas estas diferenciações, abordaram-se de forma sucinta, clara e objetiva, os aspectos da servidão que interessam ao presente trabalho, cujo objetivo é facilitar a compreensão da aquisição da servidão pela usucapião, a ser abordada no terceiro capítulo. Assim, inicia-se abaixo a análise do instituto do usufruto.

2.2. Direito real de usufruto

Nos dias de hoje, os profissionais do direito que atuam no mercado imobiliário, especialmente os advogados, certamente se deparam com o direito de usufruto, seja para providenciar a sua instituição em casos de partilha de bens, seja para agilizar o seu

¹⁰³ GONÇALVES, 2012, p. 439.

¹⁰⁴ PAZINI, 2012, p. 103. Em sentido contrário, é a lição de Lenine Neguete, citada na obra de Benedito Silvério Ribeiro: “uma servidão descontínua por natureza, não cessa de sê-lo pelo só fato de manifestar-se por sinais aparentes. É o que acontece com a servidão de passagem, quando se anuncia por uma porta, um caminho ou por trabalhos destinados a facilitar o trânsito; e do mesmo modo com a servidão de escoamento de águas domésticas ou industriais, que transpareça através de obras aparentes destinadas a transmitir as águas ao prédio vizinho.” (2007, v. I, p. 476) – grifou-se.

cancelamento em razão de uma transação importante, entre outras situações.¹⁰⁵ Logo, o estudo deste direito real continua sendo de suma importância para aqueles profissionais que pretendem se especializar nesta área.

Em razão disso, o Código Civil de 2002, nos seus artigos 1.390 a 1.411, trouxe diversas regras para disciplinar o direito de usufruto, mantendo as características e elementos principais do instituto que já estavam no Código de 1916.

2.2.1 Definição e principais características

Da mesma forma que a servidão, o usufruto é um direito real sobre a coisa alheia (artigo 1.225, inciso IV, do Código Civil).¹⁰⁶

O Código Civil de 1916, no seu artigo 713, definia o usufruto como o direito real de desfrutar de uma coisa alheia, de forma temporária e separada do domínio, nas seguintes palavras: “constitui usufruto o direito real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa, enquanto temporariamente destacado da propriedade”.

Diferentemente do diploma de 1916, o Código Civil de 2002, ao disciplinar o direito real de usufruto nos artigos 1.390 a 1.411, não trouxe uma definição expressa. Contudo, o novo diploma também não aponta qualquer alteração nas características e nos elementos desse direito real, pelo contrário, a nova regulamentação manteve as mesmas premissas do Código de 1916.

Tanto é verdade, que o artigo 1.394 do Código de 2002 estabeleceu expressamente que o titular do usufruto terá a posse e a administração da coisa alheia para o exercício do uso e da percepção dos frutos.¹⁰⁷ Em razão disso, Caio Mário diz que o conceito de usufruto previsto no código anterior permanece implícito no Código Civil de 2002.¹⁰⁸

Arnoldo Wald, no seu Curso de Direito Civil, consegue traduzir todos os elementos essenciais do usufruto em um único conceito: “direito real de retirar da coisa alheia, durante certo período de tempo mais ou menos longo, as utilidades e proveitos que ela encerra sem alterar-lhe a substância ou mudar-lhe o destino”.¹⁰⁹

¹⁰⁵ “A ideia de usufruto é muito difundida por mais de uma província do Direito Civil: cultiva-se nas relações de família (usufruto do marido sobre os bens da mulher, usufruto dos bens do filho sob pátrio poder); no direito das sucessões, como expressão de vontade testamentária; no direito das obrigações em aliança com o contrato de doações; e no direito das coisas, como direito real de gozo ou fruição.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 289).

¹⁰⁶ Art. 1.225. São direitos reais: [...] IV - o usufruto;

¹⁰⁷ Art. 1.394. O usufrutuário tem direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos.

¹⁰⁸ PEREIRA, 2008, p. 290. No mesmo sentido, GONÇALVES, 2012, p. 457.

¹⁰⁹ WALD, 2011, 276-277. Da mesma forma, MONTEIRO, 2013, p. 412.

Segue abaixo uma decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que demonstra a perfeita subsunção dos fatos do caso concreto ao conceito de usufruto acima abordado:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE EXTINÇÃO E NULIDADE DE USUFRUTO. [...] MANUTENÇÃO INTEGRAL DA SENTENÇA. RECURSOS DESPROVIDOS. [...] O usufruto é direito real inalienável que se constitui na transferência de poderes do domínio do proprietário (autora após a doação) ao usufrutuário (réu), o qual passa, desde então, a exercer direito de uso e gozo sobre coisa alheia. [...] ¹¹⁰

A instituição do direito real de usufruto não autoriza o seu titular a reduzir a substância da coisa. Veda-se, assim, a extração de utilidades que não se renovam (produtos), e permite-se somente a percepção de frutos (naturais e civis), vez que são benefícios renováveis e que não deterioram a coisa, a depender dos usos locais.¹¹¹ Além disso, o titular do usufruto não pode mudar a destinação econômica do imóvel sem a expressa autorização do proprietário (artigo 1.399 do Código Civil).¹¹²

O usufruto, portanto, limita/restringe a propriedade ao transferir para outrem os poderes de usar a coisa e de perceber os seus frutos, isto é, beneficia pessoas, diferentemente da servidão, onde o benefício destina-se ao imóvel (coisas).

Por essa definição, a instituição do usufruto pressupõe a existência simultânea de dois sujeitos titulares de direitos sob o mesmo objeto, quais sejam: “a) o **usufrutuário**, com direito real de fruição das utilidades da coisa, independente da propriedade; b) o proprietário, com direito real sob a substância da coisa, limitado pelo usufruto, que se chama **nu-proprietário**”.¹¹³

Portanto, o usufrutuário é aquele a quem foi concedido o usufruto e o nu-proprietário é o dono da coisa usufruída pelo outro. Assim, por ser relação temporária, o usufruto classifica-se como *jus in re aliena*, com obrigações *propter rem*, enquanto a propriedade mantém-se como a relação definitiva. Encerrado o usufruto, o nu-proprietário passa a ter novamente o domínio pleno.

¹¹⁰ TJSC. AC n. 2011.049153-5, de Joaçaba, Rel. Des. Ricardo Fontes. 1ª Câmara de Direito Comercial, j. em 08/03/2012.

¹¹¹ Por exemplo, em determinada região as árvores do imóvel podem ser consideradas frutos (extração de madeira) ou parte integrante do imóvel e, portanto, substância, fora do alcance do titular do usufruto (árvores frutíferas ou de sombra, etc.).

¹¹² Art. 1.399. O usufrutuário pode usufruir em pessoa, ou mediante arrendamento, o prédio, mas não mudar-lhe a destinação econômica, sem expressa autorização do proprietário.

¹¹³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 1.049. No mesmo sentido, MONTEIRO, 2013, p. 412. (grifou-se)

É importante mencionar que, embora não ocorra a outorga da propriedade, o usufruto deve ser visto como um instituto que possui natureza alimentar e assistencial, pois assegura ao usufrutuário um meio de subsistência – que por vezes é o mínimo existencial.¹¹⁴ Além disso, o seu exercício deve ocorrer dentro dos limites previamente estabelecidos, e em observância à função social (da posse e da propriedade).¹¹⁵

2.2.2 Classificação

Realizada a abordagem inicial do instituto, com a apresentação das suas principais características, é importante para os objetivos deste trabalho, abordar algumas classificações/espécies de usufruto, em especial quanto ao objeto, aos poderes do usufrutuário, e a sua duração.¹¹⁶

Em relação ao objeto em que recai o usufruto, o artigo 1.390 do Código Civil assim dispõe: “O usufruto pode recair em um ou mais bens, móveis ou imóveis, em um patrimônio inteiro, ou parte deste, abrangendo-lhe, no todo ou em parte, os frutos e utilidades”.

Com base neste dispositivo, distinguem-se o usufruto de bens móveis e o de bens imóveis, cuja principal diferença é a necessidade de registro do segundo no Cartório de Registro de Imóveis, nos termos do artigo 1.391 do Código Civil e artigo 167, inciso I, nº 7, da Lei 6.015/73.¹¹⁷ Esta exigência também é observada pela jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA MOVIDA PELA USUFRUATUÁRIA OBJETIVANDO EXERCER OS DIREITOS INERENTES AO USUFRUTO SOBRE O IMÓVEL [...] Para que o usufruto integre o universo dos atos jurídicos eficazes, mister se faz o seu registro na circunscrição imobiliária da situação do imóvel gravado, e é obrigatória, em caso de extinção de tal gravame, ser feita a baixa respectiva, não podendo tal extinção ser presumida [...].¹¹⁸

¹¹⁴ FARIAS & ROSENVALD, 2012, p. 810; RIBEIRO, 2007, v. I, p. 488; GONÇALVES, 2012, p. 457;

¹¹⁵ Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “O usufruto encerra relação jurídica em que o usufrutuário - titular exclusivo dos poderes de uso e fruição - está obrigado a exercer seu direito em consonância com a finalidade social a que se destina a propriedade. Inteligência dos arts. 1.228, § 1º, do CC e 5º, XXIII, da Constituição”. (STJ. REsp 1179259/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi. 3ª Turma, j. em 14/05/2013)

¹¹⁶ A Doutrina apresenta diversas nomenclaturas, diante disso, optou-se pela abordagem trazida por Orlando Gomes (2010, p. 312-315) e Washington de Barros Monteiro (2013, p. 414-416), adaptando as demais aos conceitos destes autores.

¹¹⁷ Art. 1.391. O usufruto de imóveis, quando não resulte de usucapião, constituir-se-á mediante registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Art. 167. No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos: I - o registro: [...] 7) do usufruto e do uso sobre imóveis e da habitação, quando não resultarem do direito de família;

¹¹⁸ TJSC. AC n. 2010.007675-6, de São Miguel do Oeste, Rel. Des. Rubens Schulz. Câmara Especial Regional de Chapecó, j. em 14/04/2014.

Ainda em relação ao objeto, o usufruto pode ser universal ou singular. No primeiro o usufruto recai sobre a universalidade de bens (complexo patrimonial), e no segundo sobre um ou alguns bens determinados. Washington de Barros Monteiro exemplifica:

Quanto ao objeto, o usufruto é geral ou universal e particular. Geral ou universal, quando recai sobre universalidade de bens, como a herança, o patrimônio, o fundo de comércio, ou a parte alíquota desses valores; particular, se recai sobre determinado objeto, uma casa, uma fazenda, um direito ou certo número de ações.¹¹⁹

Apesar da distinção acima fazer pouca diferença na prática, convém expor os efeitos trazidos pelo artigo 1.392, §3º, do Código Civil: “se o usufruto recai sobre universalidade ou quota-parte de bens, o usufrutuário tem direito à parte do tesouro achado por outrem, e ao preço pago pelo vizinho do prédio usufruído, para obter meação em parede, cerca, muro, vala ou valado”.

Em relação à extensão dos poderes do usufrutuário, a sua concessão pode ser feita de forma limitada/restrita, excluindo-se do uso/fruição algumas utilidades, ou compreender todos os frutos e utilidades que a coisa oferece, ou seja, de forma plena. Se as partes não fizerem qualquer previsão no título constitutivo, o usufruto presume-se pleno.

Claudio Ferreira Pazini explica e exemplifica:

[...] o usufruto pode ser pleno ou restrito. O poder de uso no usufruto de imóvel, por exemplo, pode restringir-se a fins residenciais, vedando-se atividades comerciais. Como exemplo de restrição ao poder de fruir, temos o usufruto que autoriza a percepção de frutos naturais e industriais, excluindo-se os frutos civis. O título constitutivo definirá se os poderes de uso e fruição, que o proprietário tem sobre a coisa, serão transferidos na íntegra ou de forma restrita ao usufrutuário. No silêncio do título constitutivo, presume-se pleno o usufruto.¹²⁰

Ainda quanto à extensão do usufruto, o seu exercício engloba os bens acessórios e os acrescidos da coisa, salvo se houver disposição em contrário no título constitutivo ou quando acordado pelas partes posteriormente à sua instituição, conforme o artigo 1.392, caput, do Código Civil.¹²¹

Quando os acessórios ou acrescidos forem coisas consumíveis, ou seja, aquelas que depois de usadas perecem (artigo 86 do Código Civil), terá o usufrutuário o dever de

¹¹⁹ MONTEIRO, 2013, p. 415. Idêntica análise é feita por PAZINI, 2012, p. 111; WALD, 2011, p. 278-279; e FARIAS E ROSENVALD, 2012, p.816.

¹²⁰ PAZINI, 2012, p. 112. Da mesma forma, MONTEIRO, 2013, p. 415 e FARIAS & ROSENVALD, 2012, p. 816.

¹²¹ Art. 1.392. Salvo disposição em contrário, o usufruto estende-se aos acessórios da coisa e seus acrescidos. “O artigo 1.392 não distingue entre acessórios e acrescidos existentes ao tempo da instituição do usufruto e supervenientes. Assim, sobrevindo à coisa usufruída acessórios ou acrescidos, estarão eles incluídos no usufruto, salvo previsão contrária”. (PAZINI, 2012, p. 112)

restituir aquelas não consumidas e substituir as utilizadas por outras equivalentes em gênero, qualidade e quantidade, entregando-as ao nu-proprietário no momento do término do usufruto. Não sendo possível tal substituição, o proprietário será ressarcido.¹²²

Deve-se deixar claro que, de acordo com o Código Civil de 2002, o usufruto não pode recair sobre bens consumíveis. “Isso porque o usufruto consiste no poder de usar e fruir de coisa alheia, restituindo-a ao final. Inviável é, portanto, o usufruto de bens consumíveis, posto que estes, quando usados, perecem (CC, art. 86) e, portanto, não podem se restituídos”.¹²³

No tocante à duração, o usufruto pode ser vitalício ou temporário. Carlos Roberto Gonçalves assim define:

Usufruto temporário é o estabelecido com prazo certo de vigência. Extingue-se com o advento do termo. Todo usufruto é, por definição, temporário. Mas pode durar toda a vida do usufrutuário, extinguindo-se somente com a sua morte, ou pode ter a duração subordinada a termo certo. O usufruto estabelecido para durar enquanto viver o usufrutuário chama-se vitalício. É assim denominado, portanto, o usufruto que perdura até a morte do usufrutuário ou enquanto não sobrevier causa legal extintiva (CC, arts. 1.410 e 1.411).¹²⁴

Por fim, o usufruto pode ser remunerado (oneroso) ou gratuito, não há nenhuma vedação em lei para que o usufrutuário remunere o proprietário da coisa.¹²⁵

2.2.3 Limitações e Distinções

Ainda que o usufruto seja pleno, nos termos acima expostos, tanto o usufrutuário quanto o proprietário não poderão exercer os poderes estabelecidos de forma irrestrita. Deverão observar os limites impostos no título e, especialmente, a função social. Com isso, fica claro que não existe uma total independência entre usufrutuário e nu-proprietário, mas sim a obrigação recíproca de respeitar o exercício alheio.

Além disso, Claudio Ferreira Pazini é preciso ao afirmar que o exercício do usufruto sofrerá as mesmas limitações da propriedade, conforme se observa no trecho abaixo:

¹²² Art. 1.392, §1º. Se, entre os acessórios e os acrescidos, houver coisas consumíveis, terá o usufrutuário o dever de restituir, findo o usufruto, as que ainda houver e, das outras, o equivalente em gênero, qualidade e quantidade, ou, não sendo possível, o seu valor, estimado ao tempo da restituição.

¹²³ PAZINI, 2012, p. 112-113.

¹²⁴ GONÇALVES, 2012, p. 464. Igualmente em MONTEIRO, 2013, p. 415 e GOMES, 2010, p. 315.

¹²⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1.626. Essa afirmação não se confunde com a vedação de alienação disposta no artigo 1.393 do Código Civil: “Não se pode transferir o usufruto por alienação; mas o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso”.

[...] não se autoriza o exercício de poderes ilimitados de uso e fruição. Deveras, nem mesmo o proprietário tem poderes absolutos sobre a coisa. Por exemplo, o direito de propriedade de um automóvel não autoriza que seu titular o use em desconformidade das leis de trânsito, não podendo estacionar onde bem entender, dirigir em altas velocidades etc. Se os poderes do proprietário da coisa sofrem uma enorme variedade de restrições, o usufrutuário, mesmo no usufruto pleno, sofrerá as mesmas restrições, já que o usufruto consiste na transmissão dos poderes de uso e fruição do proprietário ao usufrutuário.¹²⁶

Para complementar, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald elencam algumas hipóteses em que o usufruto não poderá ser instituído, limitando a sua incidência:

Não se admite usufruto constituído sobre bens gravados com cláusula de inalienabilidade (art. 1911, CC), nem sobre bem de família. Também não o admitem os direitos intransmissíveis, por exemplo, servidão, uso e habitação. Não podem constituir usufruto sobre a coisa aqueles titulares de direitos reais que não têm a prerrogativa de usar e fruir, como o penhor, a hipoteca, ou mesmo a propriedade fiduciária.¹²⁷

Por fim, é preciso diferenciar o usufruto ao menos de outros dois institutos jurídicos, quais sejam: o fideicomisso e a locação.¹²⁸ Esses institutos não serão abordados em detalhes, mas apenas naquilo que os diferencia do usufruto.

O usufruto não se confunde com o fideicomisso. “No fideicomisso os titulares exercem *sucessivamente* seus direitos, um depois do outro; no usufruto, eles exercem *simultaneamente* os direitos sobre as diferentes parcelas desmembradas do domínio”.¹²⁹ Além disso, o usufruto não pode ser alienado, enquanto o fiduciário pode alienar a coisa, sujeitando-se o comprador a uma propriedade resolúvel, que se reverterá em benefício do fideicomissário assim que se confirmar a condição ou o termo (artigo 1.359 do Código Civil).¹³⁰

O usufruto também se distingue da locação, apesar de ambos os institutos apresentarem enorme analogia. Normalmente, quando as partes estabelecem uma obrigação de pagamento periódico pelo uso e gozo da coisa, entende-se que se trata de uma locação. Contudo, quando o usufruto é oneroso, as disposições podem ficar muito assemelhadas e de difícil diferenciação.

Diante disso, Carlos Roberto Gonçalves traz alguns conceitos mais objetivos e que podem facilitar a diferenciação destes institutos, ao menos no plano teórico:

¹²⁶ PAZINI, 2012, p. 112. (grifou-se)

¹²⁷ FARIAS & ROSENVALD, 2012, p. 815.

¹²⁸ Em razão dos objetivos do trabalho e os aspectos práticos, optou-se por diferenciar o usufruto apenas destes dois institutos.

¹²⁹ MONTEIRO, 2013, p. 413.

¹³⁰ Essas são as principais diferenças entre usufruto e fideicomisso. Para mais detalhes ver: MONTEIRO, 2013, p. 413-414; FARIAS & ROSENVALD, 2012, p. 813-815; GONÇALVES, 2012, p. 463; VENOSA, 2013, p. 1.628-1.629; WALD, 2011, p. 277-278.

“[...] locação é relação pessoal, enquanto usufruto é direito real. Recai a primeira, exclusivamente, sobre coisas corpóreas, ao passo que o segundo incide também sobre créditos, direitos de autor, patentes de invenção, fundo de comércio e outros valores incorpóreos. A locação decorre apenas do contrato, enquanto o usufruto nasce da convenção e também da lei.¹³¹”

Na prática, a aplicação entre um ou outro instituto jurídico depende especialmente da interpretação da manifestação da vontade das partes e dos demais elementos do caso concreto, o que simplifica as dificuldades encontradas em nível teórico.

Realizada a apresentação do usufruto e da servidão, passa-se a analisar no terceiro capítulo, como esses direitos reais serão adquiridos pela usucapião, levando em consideração todo o regramento teórico, legal e jurisprudencial, apresentado até agora nos dois primeiros capítulos.

¹³¹ GONÇALVES, 2012, p. 463.

3. A USUCAPIÃO DOS DIREITOS REAIS DE SERVIDÃO E DE USUFRUTO: ASPECTOS DO TRATAMENTO LEGAL E JURISPRUDENCIAL NO BRASIL

Nesse terceiro capítulo, busca-se demonstrar que “se é possível usucapir o direito de propriedade em sua plenitude, parece-nos possível usucapir os direitos reais limitados, invocando-se a regra lógica no sentido de que, se se pode o mais, permite-se o menos”.¹³²

Desse modo, para fundamentar e operacionalizar a usucapião dos direitos reais de servidão e de usufruto é necessário aplicar, por analogia e naquilo que couber, a disciplina jurídica em vigor para a usucapião da propriedade e, com isso, concretizar a função social da posse.

3.1 Aquisição do direito real de servidão pela usucapião

De acordo com Washington de Barros Monteiro as servidões “podem nascer: a) de contrato; b) de ato de última vontade; c) de sentença; d) por destinação do proprietário; e) por usucapião”.¹³³ Entretanto, somente é objeto do presente trabalho a aquisição da servidão por meio da usucapião, hipótese prevista expressamente nos artigos 1.379 do Código Civil e 941 do Código de Processo Civil:

Art. 1.379. O exercício incontestado e contínuo de uma servidão aparente, por dez anos, nos termos do art. 1.242, autoriza o interessado a registrá-la em seu nome no Registro de Imóveis, valendo-lhe como título a sentença que julgar consumado a usucapião.¹³⁴ (grifou-se)

Parágrafo único. Se o possuidor não tiver título, o prazo da usucapião será de vinte anos.

Art. 941. Compete a ação de usucapião ao possuidor para que se lhe declare, nos termos da lei, o domínio do imóvel ou a servidão predial.

Observa-se, inicialmente, da análise do dispositivo do Código Civil acima, que somente existe previsão legal para a usucapião da servidão aparente de exercício contínuo.¹³⁵ Além disso, é possível concluir que a usucapião da servidão aparente pode ocorrer nas

¹³² PAZINI, 2012, p. 63.

¹³³ MONTEIRO, 2013, p. 399. A jurisprudência possui o mesmo entendimento: “A servidão pode se constituir por declaração expressa dos proprietários ou por testamento, ambos registrados no Cartório de Registro de Imóveis, consoante artigo 1.378 do CC/02 e, ainda, pela usucapião, consoante art. 1.379 do CC/02”. (TJMG. AC n. 10439110098878002, Rel. Des. Cabral da Silva. 10ª Câmara Cível, j. em 19/02/2013)

¹³⁴ José Carlos de Moraes Salles explica que “há evidente erro de concordância nesse dispositivo. O certo é consumada e não consumado, porque o atual Código usa o vocábulo *usucapião* no feminino e não no masculino (2006, p. 152).

¹³⁵ A jurisprudência também observa que apenas a servidão aparente de exercício contínuo pode ser usucapida: “As servidões voluntárias podem ser adquiridas por usucapião, desde que aparentes e contínuas [...]”. (TJDF. AC n. 20040610109756, Rel. Des. Vasquez Cruxên. 3ª Turma Cível, j. em 17/08/2006).

modalidades ordinária (caput do artigo 1.379 do Código Civil) e extraordinária (parágrafo único do artigo 1.379 do Código Civil).¹³⁶

Caio Mário da Silva Pereira sintetiza os requisitos que devem ser observados quando da análise da usucapião da servidão aparente:

Se a servidão é aparente, pode ser adquirida por usucapião, em havendo posse contínua e incontestada, com justo título e boa-fé, após o transcurso de 10 (dez) anos ou, se o possuidor não tiver título, após 20 (vinte anos (Código Civil, art. 1379). Evidenciada a posse da servidão (que numa reminiscência histórica alguns ainda preferem designar como “quase-posse”) e observados os trâmites processuais (Código de Processo Civil, art. 945), a sentença será inscrita no registro imobiliário.¹³⁷

O trecho acima citado reflete a opinião de grande parte da Doutrina acerca dos elementos e requisitos a serem observados, no mesmo sentido Orlando Gomes (2010, p. 301), Washington de Barros Monteiro (2013, p. 399), Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2012, p. 794-795), Arnaldo Wald (2011, p. 267), Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 442), José Carlos de Moraes Salles (2006, p. 153), Benedito Silvério Ribeiro (2007, v. I, p. 470-471), para citar alguns autores.

Ademais, ambas as modalidades de usucapião da servidão poderão sofrer diminuição no prazo legal, nos termos do parágrafo único do artigo 1.238 e do parágrafo único do artigo 1.242, ambos do Código Civil¹³⁸; e, inclusive, poderá haver o reconhecimento da usucapião constitucional da servidão (urbana ou rural).

Diante disso, é necessário abordar com mais detalhes as modalidades de usucapião da servidão aparente, a fim de esclarecer como elas se operacionalizam e quais as suas principais diferenças.

¹³⁶ Carlos Roberto Gonçalves apresenta análise idêntica: “Para a usucapião ordinária exige-se, portanto, justo título e posse incontestada e contínua por dez anos. O parágrafo único supratranscrito, que cuida da usucapião extraordinária, reclama, todavia, prazo maior, ou seja, vinte anos, mas dispensa o título”. (2012. p. 442)

¹³⁷ PEREIRA, 2008, p. 280-281. Em relação aos requisitos da usucapião da servidão aparente, a jurisprudência segue a doutrina: “Pelo modo de aquisição originário (usucapião), adquirem-se, em regra, servidões contínuas e aparentes após o exercício pacífico e contínuo, por 10 anos ou 20 anos, conforme a presença ou não do justo título. E isso porque o uso prolongado de uma servidão sem oposição faz presumir a inércia do proprietário vizinho, ao passo que o registro da sentença produzirá a necessária publicidade”. (TJRS. AC n. 70051672954, Rel. Des. Liege Puricelli Pires. 17ª Câmara Cível, j. em 13/12/2012)

¹³⁸ Art. 1.238, 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. Art. 1.242. 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.

3.1.1 Usucapião ordinária da servidão aparente

Na usucapião ordinária da servidão aparente, os aspectos principais a serem observados são: o justo título e a boa-fé.

Esses requisitos devem ser entendidos como o ato ou fato jurídico de aquisição do bem, que *aparentemente* foi realizado da maneira legal (justo título), proporcionando ao adquirente a crença de que é titular do direito real de servidão, com aquisição válida e exercício lícito e legítimo da posse (boa-fé).

Claudio Ferreira Pazini sintetiza e exemplifica esses requisitos:

O justo título é a causa jurídica supostamente válida para a constituição do direito de servidão, v. g.. contrato constitutivo da servidão celebrado com o proprietário do imóvel serviente sendo ele absolutamente incapaz em razão de doença mental ou contrato celebrado *a non domino*. Já a boa-fé consiste na justificável crença de que o título constitutivo da servidão é válido, embora, de fato, não o seja. Se o sujeito permanecer por dez anos exercendo os atos próprios da servidão que acredita ter, adquirirá por usucapião esse direito.¹³⁹

Para complementar a análise destes requisitos, os aspectos teóricos apontados no tópico 1.5.6, do capítulo primeiro, quando da análise da usucapião da propriedade, podem ser aplicados à servidão, desde que feita a devida adaptação. Com isso, é possível perceber o surgimento das figuras do dominante putativo, apto à usucapir a servidão na modalidade ordinária, e do dominante usurpador, a quem é vedado a utilização da usucapião ordinária para adquirir a servidão.

Assim sendo, conclui-se que a modalidade ordinária, prevista no caput do artigo 1.379 do Código Civil, exige o cumprimento dos requisitos do justo título e da boa-fé pelo dominante putativo (conforme remissão ao texto do artigo 1.242 do mesmo diploma), sem que ocorra qualquer oposição do serviente aos atos praticados (p.ex. servidão de passagem), durante o prazo de 10 (dez) anos contínuos.¹⁴⁰

3.1.2 Usucapião extraordinária da servidão aparente

Diferentemente da modalidade ordinária, a usucapião extraordinária da servidão aparente, independe de justo título e de boa-fé, ou seja, não há qualquer ato de autorização,

¹³⁹ PAZINI, 2012, p. 104.

¹⁴⁰ No mesmo sentido colhe-se da jurisprudência: “O art. 1.379 do CC estabelece que o exercício incontestado e contínuo de uma servidão aparente, por dez anos, nos termos do art. 1.242, autoriza o interessado a registrá-la em

basta o exercício da posse pelo prazo legal de forma pública, mansa, pacífica e contínua. Claudio Ferreira Pazini apresenta idêntica análise:

[...] o parágrafo único do art. 1.379 prevê a possibilidade de usucapião da servidão independente de título e boa-fé no prazo de vinte anos. Trata-se do usucapião extraordinário da servidão. Basta que o sujeito exerça os atos próprios da servidão que pretende, mesmo sabendo que não tem autorização para tanto. Se assim permanecer de forma ininterrupta e não contestada pelo lapso de vinte anos, adquirirá o direito de servidão.¹⁴¹

No tocante à usucapião extraordinária da servidão, o principal requisito a ser observado será o lapso temporal de 20 (vinte) anos, nos termos do parágrafo único do artigo 1.379 do Código Civil.¹⁴² Esse prazo extenso recebe diversas críticas da doutrina, especialmente por ser superior ao prazo da usucapião extraordinária da propriedade (15 anos).¹⁴³

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald apontam que “de certa forma, há uma contradição em admitir-se prazo mais curto para a aquisição de um direito mais amplo (propriedade) e prazo mais longo para um direito real de menor extensão (servidão)”.¹⁴⁴

Em razão de críticas como esta, o Conselho de Justiça Federal editou o Enunciado 251, nos seguintes termos: “O prazo máximo para o usucapião extraordinário de servidões deve ser de 15 anos, em conformidade com o sistema geral de usucapião previsto no Código Civil.”

Se realizada uma análise literal do texto do enunciado acima, é possível entendê-lo como *lege ferenda*, haja vista a previsão de 20 (vinte) anos no artigo 1.379 do Código Civil. Contudo, analisando com maior atenção, percebe-se que o texto do enunciado tem por base uma interpretação lógica e sistemática do instituto da usucapião como modo de aquisição da servidão, harmonizando a sua aplicação com as demais regras do sistema em que ele se insere, especialmente àquelas que disciplinam a usucapião da propriedade.

Assim sendo, a maior diferença entre ambas as modalidades apresentadas está no fato de que na usucapião ordinária o sujeito exerce a posse (trânsito, captação de águas, etc.) acreditando que é titular de tal direito, embora não o tenha por motivos de irregularidades do

seu nome no Registro de Imóveis, valendo-lhe como título a sentença que julgar consumado a usucapião”. (TJES. AI n. 5711900024, Rel. Des. José Paulo Calmon Nogueira da Gama. 2ª câmara Cível, j. em 26/07/2011)

¹⁴¹ PAZINI, 2012, p. 104.

¹⁴² A jurisprudência também adota o prazo vintenário: “A aquisição da servidão de trânsito por usucapião, deve obedecer aos requisitos de constituição previstos na lei, entre os quais um prazo mínimo de 20 (vinte) anos, quando o beneficiário não detiver justo título e boa-fé, nos termos do parágrafo único do art. 698 do Código Civil de 1916, exigência esta mantida pelo atual Código Civil, em seu art. 1.379”. (TJDF. AC n. 20040610109756, Rel. Des. Vasquez Cruxên. 3ª Turma Cível, j. em 17/08/2006)

¹⁴³ GONÇALVES, 2012, p. 442; WALD, 2011, p. 267-268.

¹⁴⁴ FARIAS & ROSENVALD, 2012, p. 796.

título aquisitivo, pelo prazo de 10 (dez anos). Enquanto que na usucapião extraordinária, a posse é exercida mesmo sem existir título, pelo prazo de 15 (quinze anos), devendo-se desconsiderar o incoerente prazo vintenário.

3.1.3 Atos próprios de servidão

Apontadas as diferenças, deve-se abordar a grande questão que é comum em ambas as modalidades (ordinária e extraordinária), qual seja, os *atos próprios de servidão* (exercício de posse).¹⁴⁵

O exercício da servidão se dá pela prática de atos que demonstram a posse. Tais atos, enquanto elemento subjetivo a ser analisado, se equivalem ao comportamento de proprietário (*animus domini*) da usucapião da propriedade, nos termos descritos no item 1.5.3 do primeiro capítulo.¹⁴⁶

Contudo, os atos próprios de servidão demonstram a vontade do possuidor em se converter em dominante e não em proprietário, nesse caso, como a servidão possui finalidade específica, o exercício dos atos possessórios não será confundido com o comportamento de proprietário do bem. Além disso, o possuidor não pode ter relação de dependência ou obrigacional com o dono do imóvel, ainda que reconheça a propriedade alheia do imóvel serviente.

A posse com essas características não enseja a aquisição da propriedade, todavia, a aquisição da servidão é plenamente possível, haja vista a finalidade específica dos atos de servidão e o seu exercício pela própria vontade do possuidor.

Arnaldo Rizzardo, ao analisar os atos de servidão, deixa claro também que esse instituto não se confunde com o ânimo de dono da propriedade:

[...] é necessário que coexistam os elementos caracterizadores da posse: *corpus e animus sibi habendi*. Pelo primeiro, temos a prática de atos materiais que formam o objeto da servidão. Há uma detenção e um poder físico sobre a coisa, não ilimitados, mas restritos a determinados fins. Com o segundo elemento, o titular da servidão sente e manifesta o ânimo de exercer

¹⁴⁵ Essa é a nomenclatura utilizada por Arnaldo Rizzardo para descrever o exercício da posse da servidão: “[...] a aquisição se opera pela prática do **ato de servidão**. [...] Depois de iniciada ou conquistada, conserva-se pela prática de **atos típicos e reveladores da servidão**.” (2014, p. 912) – grifou-se. Claudio Ferreira Pazini também adota essa nomenclatura (2012, p. 104).

¹⁴⁶ Benedito Silvério Ribeiro, ao invés de atos próprios de servidão, utiliza a nomenclatura quase-posse. Para o mencionado autor, “consiste a quase-posse das servidões no exercício dos atos físicos pelos quais elas se manifestam, praticados com a intenção de quem usa de um direito próprio”. (2007, v. I, 470).

os atos acima. Define-se como o ânimo de executar o poder físico limitado sobre o bem – *animus possidendi, ou animus sibi habendi*.¹⁴⁷ (grifou-se)

Nesse viés, ao tratar da servidão aparente, Orlando Gomes complementa a análise acima, afirmando que a prática dos atos dessa servidão por longo período de tempo, sem qualquer contestação do serviente, faz presumir o consentimento do serviente, viabilizando, então, a aquisição por meio da usucapião pelo dominante. Seguem as palavras do autor:

O uso prolongado de uma serventia, sem oposição, faz presumir o consentimento do proprietário vizinho. Esta presunção não cabe quando a serventia não tem sinais exteriores de existência. [...] A posse contínua do dono do prédio dominante, subsistindo durante certo tempo, habilita-o a adquirir a servidão.¹⁴⁸

Cláudio Ferreira Pazini, ao analisar com detalhes os atos próprios de servidão, apresenta uma explicação que corrobora o que já foi exposto acima e complementa:

Os atos próprios da servidão devem ser exercidos exclusivamente em razão da autoridade própria do usucapiente, de modo que o usucapião desse direito real ficará inviabilizado se a exploração decorrer de algum tipo de autorização ou negociação com o proprietário do imóvel serviente. [...] O usucapião, seja ordinário ou extraordinário, regulariza uma situação, de início, antijurídica. Na modalidade ordinária, a antijuridicidade é desconhecida pelo usucapiente, o que não ocorre na modalidade extraordinária.¹⁴⁹

Assim, com base nos argumentos expostos, é preciso deixar claro que não haverá usucapião da servidão, ao menos na modalidade extraordinária, se o dominante possuir relação de dependência/obrigacional com o proprietário do imóvel serviente, ou se existir autorização para o exercício dos atos, haja vista que essas situações caracterizam mera permissão/tolerância do serviente, conforme já exposto no item 2.1.2 do capítulo segundo.¹⁵⁰ Tal situação não se aplica à usucapião ordinária, haja vista que o justo título proporciona a crença na titularidade do direito real de servidão, motivo pelo qual os atos decorrem da autoridade do próprio dominante putativo, afastando assim a mera permissão.

¹⁴⁷ RIZZARDO, 2014, 912.

¹⁴⁸ GOMES, 2010, p. 301. De forma semelhante leciona Arnaldo Rizzardo: “a posse, ininterrupta e mansamente exercida por longos anos, não é precária ou meramente permissiva, mas repousa numa situação fática estável, de todos conhecida e reconhecida”. (2014, p. 913)

¹⁴⁹ PAZINI, 2012, p. 104.

¹⁵⁰ Este também é o entendimento da jurisprudência: “USUCAPIÃO. SERVIDÃO DE PASSAGEM. AUSÊNCIA DE POSSE AD USUCAPIONEM. 1. Usucapião. Artigo 1.379 do CC. Durante os anos em que o terreno estava vazio, a recorrida consentiu que os moradores da comunidade situada nos fundos transitassem por uma viela, para acessarem, com maior comodidade, a Avenida Flora. Porém, em virtude da edificação das torres residenciais, essa liberalidade teve de cessar. A posse [...] fundamental para a usucapião, não pode nascer de atos de mera permissão ou tolerância (artigo 1.208).” (TJSP. AC n. 0009764-47.2009.8.26.0405, Rel. Des. Roberto Maia, 10ª Câmara de Direito Privado, j. em 11/03/2014) - grifou-se.

3.1.4 Usucapião da servidão não aparente: possibilidade somente na modalidade ordinária

Em relação à aquisição da servidão não aparente por meio da usucapião, grande parte da doutrina entende que a sua realização é impossível. Nesse sentido, leciona José Carlos de Moraes Salles:

as servidões *não aparentes* não podem ser adquiridas por usucapião, porque repelem a ideia de posse, faltando-lhes, ainda, a visibilidade, ponto de referência sem o qual não pode ter início o transcurso do prazo prescricional. Por isso, as servidões não aparentes só se estabelecem pelo registro no cartório de registro de imóveis (art. 1.378 do atual Código).¹⁵¹

A não caracterização de posse na servidão não aparente decorre da inexistência de atos próprios praticados pelo dominante no imóvel serviente, o que somado à falta de visibilidade da servidão e à ausência de previsão legal no artigo 1.379 do Código Civil, justifica, a princípio, a impossibilidade de aquisição pela usucapião.

Adotam o mesmo entendimento, Caio Mário da Silva Pereira (2008, p. 280), Orlando Gomes (2010, p. 301), Washington de Barros Monteiro (2013, p. 399), Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2012, p. 795), Arnoldo Wald (2011, p. 267), Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 442), Benedito Silvério Ribeiro (2007, v. I, p. 471-472), para citar alguns autores.

A jurisprudência também entende pela impossibilidade da usucapião da servidão não aparente:

APELAÇÃO CÍVEL. USUCAPIÃO (BENS IMÓVEIS). AÇÃO DE USUCAPIÃO. PRETENSÃO COM LASTRO NO ART. 1.379 DO CÓDIGO CIVIL. REQUISITOS AUSENTES. INEXISTÊNCIA DE SERVIDÃO APARENTE. AUSÊNCIA DE OBRAS VISÍVEIS E PERMANENTES, REALIZADAS NO PRÉDIO SERVIENTE PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE PASSAGEM.¹⁵² (grifou-se)

SERVIDÃO DE PASSAGEM. [...] USUCAPIÃO. 1. A verdade formal colhida demonstrou que a servidão de trânsito dos réus não era aparente. [...] 3. A servidão não-aparente não dá ensejo ao usucapião.¹⁵³ (grifou-se)

SERVIDÃO DE LUZ E VISTA. HIPÓTESE DE SERVIDÃO NÃO APARENTE. INEXISTÊNCIA DE REGISTRO. IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DO GRAVAME. [...]. A hipótese da constituição de servidões

¹⁵¹ SALLES, 2006, p. 153.

¹⁵² TJRS. AC n. 70053527966, Rel. Des. Pedro Celso Dal Pra. 18ª Câmara Cível, j. em 25/04/2013.

¹⁵³ TJSP. AC n. 0002282-51.2009.8.26.0695, Rel. Des. Melo Colombi. 14ª Câmara de Direito Privado, j. em 29/01/2014.

de vista, luz, ar, por se configurarem servidões não aparentes, dependem da existência de registro no Cartório de Registro de Imóveis.¹⁵⁴ (grifou-se)

VEDAÇÃO DA CLARIDADE - POSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE SERVIDÃO NÃO APARENTE DE LUZ E AR. [...] o reconhecimento de tal servidão, caracterizada como não aparente, dependeria de registro imobiliário, insuscetível de aquisição via usucapião, nos termos do art. 1.378 do Código Civil.¹⁵⁵ (grifou-se)

Com base os argumentos acima expostos, conclui-se que é impossível a aquisição da servidão não aparente pela usucapião extraordinária – ausência de visibilidade e de exercício de posse pelo dominante –, sobretudo também, porque uma eventual declaração de usucapião nesse caso seria capaz de conferir ao dominante o poder de exigir do serviente que se abstenha de fazer todos os atos que não foram praticados durante o prazo legal!!

Assim se posiciona a doutrina:

Admitir o usucapião da servidão não aparente implicaria a absurda conclusão de que os atos não praticados pelo titular do imóvel serviente durante vinte anos não poderiam mais ser praticados. Ter-se-ia gerado para o titular do imóvel dominante o direito de exigir que o titular do imóvel serviente não mais pratique todo e qualquer ato que não tenha praticado durante os vinte anos. Inconcebível, portanto, a ideia de usucapião extraordinário da servidão não aparente e, por isso, o art. 1.379 não se refere a ele.¹⁵⁶

Contudo, contrariando a doutrina majoritária e a jurisprudência, acredita-se que é possível e viável a usucapião da servidão não aparente na modalidade ordinária. Entende-se que essa possibilidade está implícita no texto do artigo 1.379 do Código Civil, e que por isso receberá, por analogia, a mesma disciplina utilizada para a servidão aparente. Além disso, é possível mencionar o artigo 1.213 do Código Civil como fundamento, haja vista que esse dispositivo confere proteção possessória às servidões não aparentes quando houver título.¹⁵⁷

Assim, para que a servidão não aparente seja usucapida na modalidade ordinária, serão necessários os seguintes requisitos: justo título que discipline os poderes do titular da servidão, a boa-fé e o decurso do prazo de 10 (dez) anos sem contestação do serviente. Presentes esses elementos, a declaração de usucapião irá conferir ao dominante o poder de exigir que o serviente se abstenha de fazer aquilo que estiver disposto no instrumento que supostamente constituiu a servidão.

Claudio Ferreira Pazini elucida essa possibilidade:

¹⁵⁴ TJMG. AC n. 1.0042.09.029456-4/001, Rel. Des. Luciano Pinto. 17ª Câmara Cível, j. em 28/11/2013.

¹⁵⁵ TJMG. AI n. 1.0080.12.001352-1/001, Rel. Des. João Cancio. 18ª Câmara Cível, j. em 25/09/2012.

¹⁵⁶ PAZINI, 2012, p. 105.

¹⁵⁷ Art. 1.213. O disposto nos artigos antecedentes não se aplica às servidões não aparentes, salvo quando os respectivos títulos provierem do possuidor do prédio serviente, ou daqueles de quem este o houve.

Podemos citar como exemplo um contrato constitutivo de servidão de não construir acima de certa altura celebrado pelo proprietário do imóvel dominante com o proprietário do serviente, sendo este absolutamente incapaz e tendo agido sem seu representante legal. Tal contrato não é válido, mas é justo título para constituir a servidão por usucapião. Se os efeitos próprios da servidão perduram por dez anos, ou seja, se o proprietário do imóvel serviente não constrói acima da altura estipulada durante dez anos, o titular do imóvel dominante adquire por usucapião a servidão de proibição de construções acima daquela altura. Nenhum absurdo existe em permitir essa modalidade de usucapião. Pelo contrário, promove segurança jurídica a quem acredita ter adquirido a servidão e que, agindo mediante escusável erro, exige do titular do imóvel serviente a abstenção, por dez anos, dos atos previstos no título, obtendo dele essa abstenção. Trata-se do exercício incontestado e contínuo da servidão *não* aparente pelo lapso legal com justo título e boa-fé.¹⁵⁸

Logo, percebe-se que na modalidade ordinária, se o justo título disciplinar as obrigações entre dominante e serviente, bem como estiverem presentes os demais requisitos, será possível a aquisição pela usucapião, independentemente da inexistência de realização atos pelo dominante no imóvel serviente e da ausência de visibilidade da servidão. Agora, caso o justo título apresente obrigações altamente genéricas, como por exemplo, a abstenção de praticar quaisquer atos de fruição, entende-se que a usucapião está prejudicada, haja vista se tratar de conclusão idêntica à modalidade extraordinária.

De toda a literatura jurídica utilizada para a realização desse trabalho, somente o autor Claudio Ferreira Pazini admite a usucapião da servidão não aparente conforme acima apresentado. Arnaldo Rizzardo, ousando destoar da corrente majoritária, admite a usucapião da servidão não aparente em uma única hipótese, como sendo a exceção à regra geral. A fim de não prejudicar a ideia, optou-se pela transcrição completa do trecho da sua obra:

Admite-se o usucapião no caso específico de se encontrar registrada a servidão, aplicando-se mais a hipótese quando necessária a retificação do nome do adquirente que consta no registro. Procura-se a retificação, através do usucapião, se a pessoa de quem houve o título consta do registro indevidamente: “Sendo retificável o registro (*e.g.*, não sendo o dono do prédio serviente o que figurava como tal), pode ocorrer usucapião da servidão não aparente que foi registrada... O registro publica, e a servidão possuída e publicada não mais se pode considerar não aparente, pelo menos para a incidência de princípios sobre usucapião. Portanto, as servidões não inscritas somente podem ser usucapidas se aparentes; as não aparentes podem ser usucapidas, se inscritas”.

Em última análise, o registro transforma a servidão em aparente, autorizando, por conseguinte, o usucapião. É atingida pela prescrição a posse da pessoa em nome da qual vem registrado o ônus e permitiu que outrem possuísse o prédio, em consonância com os prazos estabelecidos pela lei, tanto para o usucapião ordinário como para o extraordinário. Quem exerce a posse está usucapindo. Se alguém figura, indevidamente, no registro, como

¹⁵⁸ PAZINI, 2012, p. 106.

titular de servidão não aparente, por ter adquirido a mesma de pessoa que não era proprietária da mesma, o real titular sofre a prescrição e não pode alegar a não aparência da servidão que foi registrada. Surge o efeito que consiste na aquisição do direito de servidão registrada.

Mas a exceção exposta não abala a regra geral [qual seja, impossibilidade de usucapião de servidão não aparente].¹⁵⁹ (grifou-se)

Contudo, de acordo com os argumentos trazidos neste trabalho (especialmente no tópico 1.5.6), o autor comete um equívoco no trecho citado, pois esqueceu que com o registo da servidão nas matrículas dos imóveis dominante e serviente no Registro de Imóveis (artigo 1.378 do Código Civil), não há que se falar em usucapir aquilo que já foi instituído.

Na verdade, o que se percebe no trecho acima, é uma espécie de usucapião tabular, especialmente porque os objetivos da “usucapião da servidão não aparente registrada” são a retificação dos polos do título que a formalizou e a “convalidação” do registro já efetivado. Ou seja, não há aquisição originária da servidão, mas um mero saneamento dos eventuais vícios/irregularidades originais da aquisição a título derivado.

Por fim, é necessário abordar o entendimento jurisprudencial em relação às servidões de trânsito (p.ex. um simples carreiro, caminho, picada), haja vista que durante muito tempo “levantou-se dúvida sobre a possibilidade de serem adquiridas por usucapião. Isto porque, por se limitarem ao direito de passar, seriam não aparentes, só sendo passíveis de constituição por meio de título registrado”.¹⁶⁰

Todavia, com a edição da Súmula 415 pelo Supremo Tribunal Federal,¹⁶¹ pacificou-se o seguinte entendimento jurisprudencial: a servidão de trânsito será adquirida por meio da usucapião quando se apresentar ostensiva e materializada em obras externas, como, por exemplo, viadutos, pontes, estradas, trechos pavimentados, entre outros sinais visíveis.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald fazem idêntica abordagem e exemplificam:

Em princípio, o trânsito pelo prédio vizinho apenas indica tolerância por parte de seu proprietário, considerando-se como servidão não-aparente, pois a posse não é visualizada por sinais claros. Todavia, se a passagem for individualizada, sobretudo pela natureza das obras realizadas, converte-se em servidão aparente, conferindo-se proteção possessória ao autor das obras (Súmula n° 415 do STF). Exemplificando: *se A criar pequena estrada sobre o imóvel de B, com canaletas e outros marcos, verificando-se sua continuidade por longos períodos, acrescida do animus domini* [entenda-se atos próprios de servidão], sem interrupção, acarretará a usucapião em favor do possuidor A.¹⁶²

¹⁵⁹ RIZZARDO, 2014, p. 914-915.

¹⁶⁰ SALLES, 2006, p. 154.

¹⁶¹ Súmula 415 do Supremo Tribunal Federal (STF): Servidão de trânsito não titulada, mas tomada permanente, sobretudo pela natureza das obras realizadas, considera-se aparente, conferindo direito à proteção possessória.

¹⁶² FARIAS & ROSENVALD, 2012, p. 795.

Diante do exposto, para todos os efeitos de direito, qualquer servidão não aparente que adquira sinais visíveis, passará a ser considerada aparente, remetendo-se à disciplina jurídica constante nos itens 3.1.1 e 3.1.2. Agora, caso a servidão permaneça não materializada, isto é, não aparente, será aplicado o disposto neste tópico específico, admitindo-se a sua usucapião somente pela via ordinária.

3.1.5 Usucapião da servidão descontínua

Outro ponto importante a ser observado é a questão da usucapião da servidão descontínua (p.ex. servidão para coleta de água). Para grande parte da doutrina este tipo de servidão não é suscetível de aquisição pela usucapião em decorrência da não continuidade dos atos próprios de servidão, isto é, simplesmente porque a sua utilização ocorre de forma intermitente.¹⁶³

Além disso, o texto do artigo 1.379 do Código Civil exige o exercício contínuo da servidão para a sua aquisição por meio da usucapião, o que para alguns autores significa a vedação da usucapião da servidão descontínua. Contudo, entende-se que a ausência de previsão expressa não inviabiliza essa aquisição.

Primeiramente, é importante deixar claro que a servidão contínua não se confunde com posse contínua.¹⁶⁴ A continuidade da posse, como dito no primeiro capítulo, significa a ausência de interrupção ou abandono. Por outro lado, a servidão descontínua, conforme exposto no segundo capítulo, é aquela que depende da realização de ato humano e que se renova a cada nova ação, isto é, alternam-se períodos de exploração com outros períodos em que a exploração se mantém em estado potencial.

Diante disso, conclui-se que o intervalo entre a realização dos atos da servidão não significa a descontinuidade ou interrupção da posse, desde que mantida a relação de poder sobre a coisa alheia. Assim, como a posse se caracteriza pelo poder sobre a coisa e dispensa atos de exploração, é possível usucapir servidão descontínua ainda que o seu exercício se dê de forma intermitente.

A título exemplificativo, cita-se

a servidão para buscar água em imóvel vizinho sendo que o adentramento nele para tal fim ocorre intermitentemente e, mesmo assim, ela é passível de usucapião. Contudo, se houver interrupção na posse propriamente dita, isto

¹⁶³ GONÇALVES, 2012, p. 442.

¹⁶⁴ “A posse contínua difere da servidão contínua, nada obstando o exercício de posse contínua quanto a uma servidão descontínua.” (RIBEIRO, 2007, v. I, p. 471)

é, se deixar de existir o poder de explorar o imóvel alheio quando o quiser o titular do imóvel dominante, restará inviabilizado o usucapião.¹⁶⁵

A perda da posse no caso das servidões descontínuas vai ocorrer quando o exercício dos atos próprios se torne impossível. Na hipótese de caso de força maior, se a posse for interrompida de maneira breve (levando-se em consideração as circunstâncias do caso concreto) e for recuperada o mais rápido possível, não haverá perda da posse. Ou seja, somente constitui causa interruptiva da usucapião o rompimento da condição de exploração do imóvel serviente por ação de terceiro, por exemplo, a destruição das obras do aqueduto por ação do serviente.

Deve-se, portanto, distinguir duas situações: a interrupção dos atos de exploração e a interrupção do poder de explorar quando o quiser o titular do imóvel dominante. Apenas essa última hipótese inviabilizará o usucapião, pois, na primeira, não há interrupção de posse. O usucapião requer a manutenção do poder de exploração e não a exploração constante.¹⁶⁶ (grifou-se)

Somente com base nessa visão será possível admitir a usucapião de uma servidão não aparente de exercício descontínuo pela via ordinária (tópico 3.1.4). Daí surge a necessidade de se admitir a usucapião da servidão descontínua, para harmonizar as demais regras previstas no ordenamento jurídico, conferindo lógica interpretativa e sanando eventuais contradições, além de conferir segurança à realidade dos fatos, assegurando a função social da posse e a exploração dentro dos parâmetros do possível.¹⁶⁷

Por fim, é importante recordar o entendimento de parte da doutrina apontado no item 2.1.3 do segundo capítulo, segundo o qual a permanência das obras da servidão, ainda que a sua utilização ocorra de forma intermitente, resultará em uma servidão aparente e contínua, o que remeterá a análise da aquisição da usucapião para os itens 3.1.1 e 3.1.2 (servidão aparente).

3.1.6 Aspectos processuais e registrais da usucapião da servidão

Neste tópico, não se objetiva tratar de todo o procedimento judicial e registral para se efetivar a usucapião da servidão, haja vista que este regramento é objeto de extensa análise

¹⁶⁵ PAZINI, 2012, p. 108.

¹⁶⁶ PAZINI, 2012, p. 108.

¹⁶⁷ De acordo com Arnaldo Rizzardo: “O direito, para proteger a ordem jurídica e pública, deve, antes, amparar a ordem fática, dar segurança ao estado de coisas consolidado e transmitir garantia às situações que se formaram e persistem por certo tempo, as quais inspiram hábitos, costumes e determinaram comportamentos específicos”. (2014, p. 913)

da doutrina, tanto civilista quanto processual e registral. Assim sendo, optou-se em abordar somente as questões específicas, sendo que os pontos não observados seguirão a disciplina jurídica da ação de usucapião da servidão predial prevista nos artigos 941 e seguintes do Código de Processo Civil,¹⁶⁸ além das disposições do Código Civil e da legislação de registros públicos (requisitos, exigências, observações processuais, competência, citações e intimações, Ministério Público, provas em geral, julgamento, sentença, etc.).¹⁶⁹

Para que a usucapião da servidão seja oponível a terceiros (*erga omnes*), será necessário o seu registro no Cartório de Registros de Imóveis, nos termos do artigo 167, inciso I, nº 6, da Lei 6.015/73:

Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos.

I - o registro:

[...]

6) das servidões em geral;

Deve-se perceber que o registro mencionado no artigo 1.379 do Código Civil, somente confere eficácia frente a terceiros, uma vez que a usucapião da servidão constitui-se no momento em que o indivíduo completa o prazo legal, tendo se comportado como titular da servidão, observados os demais requisitos legais já expostos.¹⁷⁰

O registro da usucapião da servidão, quando admitido, poderá ser realizado tanto na matrícula do imóvel serviente, quanto na do imóvel dominante. Nesse caso, não se altera a titularidade do domínio do imóvel serviente, mas institui-se o gravame da servidão, limitando o direito de propriedade.¹⁷¹

O registro serve também como prova ao titular do imóvel dominante do benefício adicionado, podendo, inclusive, proporcionar a sua valorização no mercado imobiliário. Além disso, nenhum terceiro poderá alegar desconhecimento da servidão para justificar a ocorrência de prejuízos.

¹⁶⁸ Art. 941. Compete a ação de usucapião ao possuidor para que se lhe declare, nos termos da lei, o domínio do imóvel ou a servidão predial. (grifou-se)

¹⁶⁹ Esse também é o entendimento de Arnaldo Rizzardo: “Os demais elementos e o rito processual seguem a matéria relativa ao usucapião ordinário [da propriedade] [...]. Como os requisitos e ditames processuais são os mesmos do usucapião extraordinário sobre imóveis comuns [entenda-se direito de propriedade], desnecessário desenvolver novamente o assunto.” (2014, p. 906-907)

¹⁷⁰ José Carlos de Moraes Salles explica que o registro possui enorme importância porque “(1º) dá publicidade à aquisição do imóvel, mediante usucapião, resguardando a boa-fé de terceiros; (2º) assegura a continuidade do próprio registro; (3º) possibilita o exercício de dispor da coisa (*ius disponendi*), por parte do usucapiente”. (2006, p. 252)

¹⁷¹ Assim leciona Benedito Silvério Ribeiro: “A servidão adere perpetuamente aos prédios dominante e serviente, a um como direito, a outro como ônus”. (2007, v. I, p. 464)

A princípio, a usucapião da servidão é matéria que pode ser alegada em defesa nos mais diversos tipos de ações judiciais (p.ex. possessória, reivindicatória, anulatória, etc.),¹⁷² tal qual a usucapião da propriedade, nos termos da Súmula 237 do Supremo Tribunal Federal.

A jurisprudência admite a exceção de usucapião de servidão em defesa, desde que cumpridos os requisitos legais:

ACÇÃO NEGATÓRIA DE SERVIDÃO DE PASSAGEM CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. EXCEÇÃO DE USUCAPIÃO ACOLHIDA. [...] 2. Acolhida a exceção de usucapião sobre a servidão de trânsito, pois presentes os requisitos art. 1.379 c/c art. 1.242, ambos do CC. Extrai-se do inteiro teor: “entende-se demonstrados os pressupostos legais do art. 1.379 c/c art. 1.242, ambos do CC, pois restou evidenciado pela prova oral que os réus exercem de forma contínua e incontestada a posse sobre a servidão de passagem há mais de 10 anos, agindo com boa-fé e detendo justo título.”¹⁷³ (grifou-se)

Contudo, tanto a Doutrina quanto a jurisprudência apontam que somente será admitida no registro de imóveis, a decisão judicial que julgar procedente o pedido da usucapião da servidão em ação própria, nunca quando reconhecer a usucapião alegada em defesa, nesse caso apenas serve para afastar as pretensões do autor, resultando na improcedência da ação.¹⁷⁴ Repete-se aqui a crítica realizada no item 1.6 do primeiro capítulo, no tocante à adaptação procedimental que deveria ocorrer para a análise da usucapião em defesa.

Assim sendo, o titular do imóvel dominante deve propor uma ação judicial para buscar o reconhecimento da servidão, isto é, uma ação declaratória de direito real de servidão (a doutrina e a jurisprudência adotam a nomenclatura de ação confessória).¹⁷⁵ Ao final da

¹⁷² Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “A jurisprudência deste Tribunal Superior é no sentido de ser possível a arguição de usucapião como meio de defesa, ainda que se cuide de ação anulatória (cf. Súmula 237 do STF)”. (STJ. AgRg no REsp 601113, Rel. Min. Vasco Della Giustina. 3ª Turma, j. em 27/08/2010)

¹⁷³ TJRS. AC n. 70057126112, Rel. Des. Elaine Harzheim Macedo. 17ª Câmara Cível, j. em 19/12/2013.

¹⁷⁴ Segue precedente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina: “APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO NEGATÓRIA DE SERVIDÃO - RECONHECIMENTO DA USUCAPIÃO - PEDIDO FEITO EM RECONVENÇÃO - VIA INADEQUADA - SERVIDÃO DE PASSAGEM - USO DO PRÉDIO SERVIENTE - COMODIDADE - POSSE MANSA, PACÍFICA E ININTERRUPTA DOS PROPRIETÁRIOS DO IMÓVEL DOMINANTE - UTILIZAÇÃO HÁ MAIS DE 20 (VINTE) ANOS - SERVIDÃO CARACTERIZADA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSOS DESPROVIDOS. Apesar de ser sumulada a possibilidade da arguição da usucapião em defesa, o seu acolhimento não tem o condão de declarar o domínio em favor do réu, tampouco de possibilitar o registro da sentença na circunscrição competente. É inviável o pedido de reconhecimento da usucapião por meio de reconvenção aforada em ação de rito ordinário, pois o procedimento especial da ação de usucapião é incompatível com o rito adotado na ação principal. Em ação negatória de servidão, a demonstração pelo demandado do exercício da posse mansa, pacífica e ininterrupta por mais de 20 (vinte) anos da servidão de passagem, impõe a permanência da situação e leva a improcedência do pedido. (TJSC. AC n. 2007.021828-2, de Blumenau, Rel. Des. Fernando Carioni. 3ª Câmara de Direito Civil, j. em 25/09/2007) – grifou-se.

¹⁷⁵ “A ação confessória é aquela invocada e exercida pelo dono do prédio dominante para o reconhecimento da servidão [...]” (RIBEIRO, 2007, v. I, p. 481). No mesmo sentido: “ACÇÃO CONFESSÓRIA. SERVIDÃO DE PASSAGEM. DIREITO REAL SOBRE COISA ALHEIA. [...] A ação confessória busca afirmar judicialmente

ação, em caso de procedência do pedido de usucapião, a decisão judicial será levada ao registro de imóveis, mediante a expedição do respectivo mandado, nos termos do artigo 167, inciso I, número 28, da Lei 6.015/73.¹⁷⁶ A respeito da interpretação desse dispositivo legal, aponta-se a opinião da doutrina:

O art. 167, inc. I, n. 28, da Lei 6.015/1973 estabelece que serão registradas as sentenças declaratórias de usucapião. O dispositivo não faz qualquer distinção referente ao tipo de direito real adquirido, aplicando-se, portanto, também aos direitos reais sobre coisas alheias adquiridos por usucapião [servidão e usufruto]. O art. 226 da referida lei determina que os requisitos da matrícula devem constar do mandado judicial.¹⁷⁷

A título de complemento, Luiz Guilherme Loureiro, aponta que o titular do imóvel dominante possui, além da ação confessória, as seguintes medidas judiciais à sua disposição:

Os meios de defesa da servidão são a ação confessória, que corresponde ao dono do prédio dominante ou titular da servidão em face de quem lhe perturbe o exercício ou desconheça seu direito, e os interditos possessórios [manutenção de posse, reintegração de posse e interdito proibitório]. É cabível ainda a nunciação de obra nova quando iniciada a construção de obra que impeça ou perturbe o desfrute da servidão.¹⁷⁸

Além disso, frisa-se que não será admitida a usucapião da servidão em imóveis públicos, uma vez que “se não se pode usucapir a propriedade, também não se pode usucapir a servidão, que é uma parcela daquele direito”.¹⁷⁹ Trata-se de interpretação analógica à usucapião da propriedade, especialmente com o disposto nos artigos 183, §3º e 191, parágrafo único da Constituição Federal, artigo 102 do Código Civil e da Súmula 340 do STF.¹⁸⁰

Por fim, observou-se na análise jurisprudencial que alguns julgados não fazem a correta diferenciação entre o ânimo de dono e os atos próprios de servidão. Em razão disso,

um direito real sobre coisa alheia, direito esse a cujo exercício se oponha o proprietário ou possuidor do prédio onerado. É via vocacionada, assim, a assegurar o exercício de prerrogativa real contra quem a injustamente obstrua ou embarace, constituindo meio apto à tutela da servidão de passagem. (TJSC. AI n. 2005.040197-7, de Jaraguá do Sul, Rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta. 1ª Câmara de Direito Civil, j. em 15/05/2007).

¹⁷⁶ Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos. I - o registro: [...] 28) das sentenças declaratórias de usucapião;

¹⁷⁷ PAZINI, 2012, p. 162-163.

¹⁷⁸ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros Públicos: Teoria e Prática*. São Paulo: Editora Método, 2010, p. 310.

¹⁷⁹ PAZINI, 2012, p. 110.

¹⁸⁰ Apresenta-se interessante precedente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina: “Não é suscetível de posse, nem de usucapião, nem pode ser fechada pelo particular, a servidão de passagem destinada ao acesso de transeuntes à praia, tratando-se de bem público de uso comum do povo, que deve ser defendido pelo Poder Público Municipal, inclusive com a cogente reabertura do traçado e a remoção das benfeitorias nela irregularmente edificadas, sem qualquer obrigação de indenizá-las.” (TJSC. AC n. 2010.027924-2, da Capital, Rel. Des. Jaime Ramos. 4ª Câmara de Direito Público, j. em 14/06/2012).

acabam por confundir a usucapião da servidão com a usucapião da propriedade, conforme se observa na decisão abaixo.

Usucapião. Servidão. Art. 1379 do Código Civil. Posse que deve apresentar todos os requisitos da usucapião, especialmente a exclusividade e o ânimo de dono, o que não tem a exercida pelo autor em conjunto com os confrontantes. Improcedência acertada. Recurso improvido. Extrai-se trecho do acórdão: A relevância está “no uso exclusivo e com o intuito de dono que o autor deveria comprovar para obter a usucapião da servidão que lhe permitiria a teor do art. 1.379 do Código Civil, registrá-la como de sua propriedade.”¹⁸¹ (grifou-se)

No caso acima houve um grande equívoco, qual seja, o registro da servidão no registro imobiliário não significa que o usufrutuário (dominante) será proprietário, na verdade o registro da servidão somente constitui um gravame nas matrículas imobiliárias, conforme exposto anteriormente.

Ademais, a pesquisa jurisprudencial demonstrou que em algumas ações judiciais envolvendo servidão aparente, o autor (possuidor) ao invés de buscar o reconhecimento da servidão, realiza somente um pedido de usucapião da propriedade da respectiva área, objetivando se tornar proprietário (e não usufrutuário) de parte do imóvel serviente, conforme se observa na decisão abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. SERVIDÃO DE PASSAGEM. PROVAS DA POSSE E DO LAPSO TEMPORAL EXIGIDO. INEXISTÊNCIA. Considerando que não restaram provados pelos autores os requisitos para a aquisição da propriedade imóvel mediante usucapião extraordinária (art. 1.238, caput, do CC), a manutenção da sentença que julgou improcedente o pedido é medida que se impõe. Apelação desprovida.¹⁸² (grifou-se)

Nada impede que o possuidor, no lugar de pleitear o reconhecimento da servidão, opte por fazer somente um pedido declaratório da propriedade de tal área. Se existirem elementos probatórios para tanto, essa prática é totalmente aconselhável.

Contudo, além do pedido de declaração da propriedade (pedido principal), é importante a realização de um pedido subsidiário para que, em caso de improcedência da usucapião da propriedade, seja verificado especificamente o exercício dos atos de servidão, haja vista que nesta ordem um direito real não repele o outro.¹⁸³

¹⁸¹ TJSP. AC n. 5927964000, Rel. Des. Maia da Cunha. 4ª Câmara de Direito Privado, j. em 11/12/2008.

¹⁸² TJRS. AC n. 70055429153, Rel. Des. Voltaire de Lima Moraes. 19ª Câmara Cível, j. em 22/10/2013.

¹⁸³ Não é aconselhável alterar essa ordem de pedidos (principal e subsidiário). A eventual alegação da usucapião da servidão como pedido principal, afasta o ânimo de dono do exercício da posse, inviabilizando a usucapião da propriedade, uma vez que a variação no elemento subjetivo os torna incompatíveis.

É importante frisar que tal prática somente é viável na modalidade extraordinária, haja vista que na usucapião ordinária da servidão, o justo título vai determinar qual o alcance do direito a ser adquirido, prejudicando o pedido de reconhecimento da propriedade pela ausência de *animus domini*.

3.1.7 Casos práticos

A ideia de analisar a usucapião da servidão neste trabalho de conclusão de curso surgiu durante a realização de estágios em escritórios de advocacia no decorrer do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, especialmente em razão de dois casos práticos que serão retratados de forma resumida logo abaixo.

No primeiro caso, os proprietários de dois terrenos firmaram em julho de 2003, um contrato particular para instituir uma servidão de vista. Neste instrumento, o terreno A passou a ser serviente em favor do terreno B (dominante), comprometendo-se com a não realização de obras superiores a 05 (cinco) metros de altura, assegurando ao terreno B a vista para um belo parque da cidade de Florianópolis/SC.

Após alguns anos, no início de 2014, uma grande construtora da cidade iniciou as tratativas para adquirir o terreno serviente. Acontece que os proprietários dos terrenos A e B nunca realizaram a escritura pública de servidão, de modo que não houve qualquer registro nas matrículas imobiliárias, bem como o proprietário do terreno serviente omitiu estas informações durante as negociações. Portanto, a construtora não teve ciência do negócio anteriormente realizado.¹⁸⁴

Ocorre que, o proprietário do terreno B descobriu que a construtora estava interessada em adquirir o imóvel serviente, para promover a incorporação e a construção de um edifício que certamente encobriria a vista que o seu imóvel tinha para o parque. Em razão disso, este proprietário procurou um advogado local para a elaboração de um parecer visando resguardar os seus direitos.

¹⁸⁴ O fato da construtora não ter ciência da servidão pactuada pelo proprietário anterior, não impede a usucapião do dominante, ainda que ela já tivesse adquirido o imóvel serviente e efetuado a transferência da propriedade para o seu nome. Este é o entendimento da doutrina: “Não importa que nas escrituras não se faça menção a ônus reais, incidentes sobre o imóvel serviente, nem mesmo sendo de reputar inarredáveis cláusulas gerais de que o bem não se acha gravado por servidão, ou quaisquer outros ônus reais. Assim, uma aquisição por escritura pública que não mencione qualquer servidão sobre o imóvel serviente não poderá afastar que o titular do domínio do prédio dominante persiga, pela quase-posse demorada, mansa, tranquila, pacífica, pública e com ânimo de proprietário da faixa serviente, pelo tempo exigido e com justa causa, o seu reconhecimento pela prescrição aquisitiva. Aquele que sucede no prédio por título universal ou singular, adquiere-o, sem necessidade de declaração expressa, com todas as servidões ativas e passivas”. (RIBEIRO, 2007, v. I, p. 483-484) – grifou-se.

Feita a análise do caso, o parecer enviado à construtora e ao proprietário do terreno A continha a seguinte conclusão: trata-se de um caso de usucapião de servidão não aparente de exercício contínuo (servidão de vista), a ser reconhecido na modalidade ordinária (transcurso do prazo de 10 anos), uma vez que estão presentes o justo título e a boa-fé (representados pelo exercício da posse contínua e pacífica nos termos do contrato particular de instituição de servidão), proporcionando a crença na titularidade deste direito real e afastando a mera permissão, nos termos do caput do artigo 1.379 do Código Civil.¹⁸⁵

Diante deste parecer, a construtora fez uma proposta de acordo extrajudicial para evitar que o proprietário do terreno B (dominante) adotasse qualquer medida judicial que impedisse a realização do futuro empreendimento (ação confessória ou nunciação de obra nova)¹⁸⁶, oferecendo valores em dinheiro e a entrega de uma das futuras unidades imobiliárias (apartamentos). O acordo foi aceito e não houve a judicialização da controvérsia.

O segundo caso prático envolve três imóveis de proprietários diferentes (terrenos A, B e C) e uma servidão de passagem.

Na década de 1980, o terreno A possuía a sua frente para o arruamento público (rua 1) e aos fundos fazia divisa com os terrenos B e C, os quais não tinham acesso à via pública.

Nesta época, o proprietário do terreno A edificou uma casa no seu imóvel e passou a residir no local, por outro lado, os proprietários dos terrenos B e C não demonstraram interesse em ocupar os seus respectivos imóveis.

Anos mais tarde, aproximadamente em 1990, o município efetuou um novo arruamento na localidade que passou em frente aos imóveis B e C (rua 2), resultando no desencravamento destes terrenos.¹⁸⁷

¹⁸⁵ O contrato particular é considerado pela jurisprudência justo título para a usucapião da servidão: “Instrumento particular entabulado entre as partes que, malgrado não seja capaz de garantir a instituição do direito real, constitui justo título, a demonstrar a boa-fé da parte autora no exercício de sua posse. [...] Possibilidade, inclusive, do exercício da pretensão ad usucapionem, com amparo no artigo 1.379 do Código Civil.” (TJRJ. AC n. 0011103-35.2008.8.19.0061, Rel. Des. Celso Luiz de Matos Peres. 10ª Câmara Cível, j. em 22/05/2013) – grifou-se.

¹⁸⁶ A ação de nunciação de obra nova está disposta nos artigos 934 e seguintes do Código de Processo Civil e compete “ao proprietário ou possuidor, a fim de impedir que a edificação de obra nova em imóvel vizinho lhe prejudique o prédio, suas servidões ou fins a que é destinado” (artigo 934, inciso I, do Código de Processo Civil) – grifou-se. No mesmo sentido, colhe-se da jurisprudência: “A ação de nunciação de obra nova é o remédio jurídico-processual ligado ao direito de vizinhança em sentido lato e vocacionado a, por intermédio de um embargo judicial, impedir o proprietário de determinado imóvel que a edificação, remodelação, demolição ou qualquer trabalho congênere no vizinho lhe prejudique o prédio, suas servidões ou fins a que é destinado (art. 934, I, CPC)”. (TJSC. AC n. 2002.019294-0, Rel. Maria do Rocio Luz Santa Ritta. 1ª Câmara de Direito Civil, j. em 25/07/2006)

¹⁸⁷ Imóvel encravado é aquele que não tem acesso à via pública, nascente ou porto, nos termos do artigo 1.285 do Código Civil.

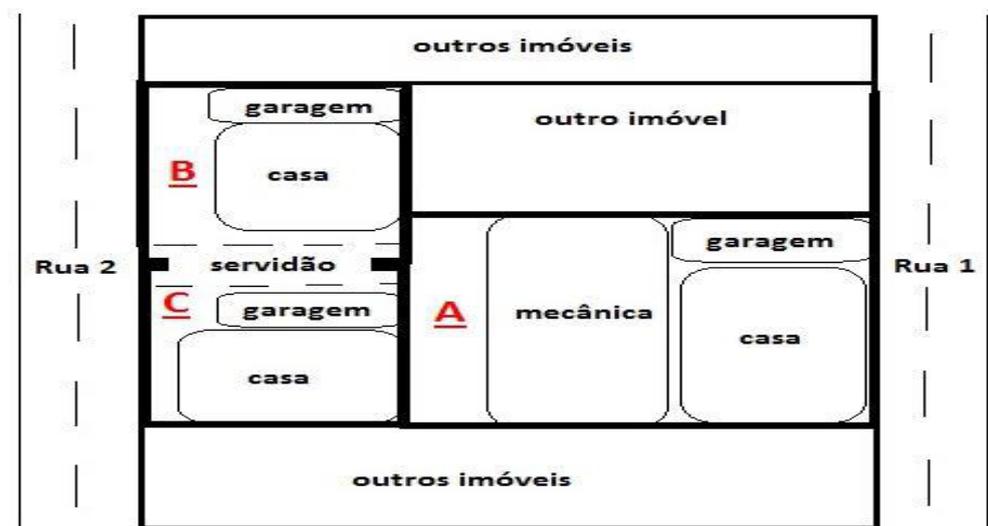
Em razão da nova via pública, o proprietário do terreno A instalou nos fundos do seu imóvel uma mecânica e passou a utilizar uma passagem entre os imóveis B e C para o acesso dos veículos a serem consertados, haja vista que a construção da sua residência impossibilitava a entrada e saída dos mesmos.¹⁸⁸

Vale frisar que o proprietário do terreno A tinha total ciência que a propriedade dos imóveis B e C não lhe pertencia, mas mesmo assim utilizou por sua própria vontade a passagem mencionada e exerceu os atos de servidão durante aproximadamente 20 (vinte) anos, de maneira pública e contínua, sem qualquer oposição, inclusive com a colocação de portão, asfaltamento do trecho e delimitação por cercas.

Os proprietários dos terrenos B e C também tinham ciência da servidão de passagem, mas resolveram construir uma casa em cada um dos terrenos somente entre os anos de 2010 e 2011, as quais foram alugadas para terceiros.

No final do ano de 2013 o proprietário do terreno B faleceu, e somente durante o inventário, com a análise da matrícula imobiliária, os herdeiros descobriram que metade da servidão ocupava parte daquele imóvel. Então, os herdeiros, no intuito de alienar o bem adquirido via sucessão, resolveram regularizar a situação. Para tanto, contrataram um advogado para intermediar as negociações com os demais proprietários interessados (A e C).

A situação fática que resulta deste relato pode ser melhor observada na gravura abaixo:



¹⁸⁸ Luiz Guilherme Loureiro leciona acerca dos benefícios trazidos pela servidão: “A servidão pode se referir a utilidades ou comodidades futuras ou eventuais, e que aumentem ou não o valor do prédio dominante. A servidão não é um vínculo meramente formal, mas deve sempre representar uma vantagem ou um proveito ao prédio dominante, auferível por meio do prédio serviente, ainda que futuro ou eventual. Tanto pode ser futura a utilidade ou comodidade, que a servidão se mantém ainda que não haja possibilidade de exercício no tempo presente”. (2010, p. 308)

Após algumas tratativas, as partes optaram por fazer um acordo e evitar maiores transtornos judiciais. Independentemente disso, está clara a possibilidade do proprietário do terreno A usucapir a servidão aparente de exercício contínuo (passagem com obras visíveis e permanentes), por meio da modalidade extraordinária (ausência de título disciplinando a relação entre os proprietários dos imóveis), haja vista o exercício de atos de servidão por sua própria vontade pelo prazo de mais de 20 (vinte) anos, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 1.379 do Código Civil e da súmula 415 do Supremo Tribunal Federal.

É importante mencionar que a usucapião da propriedade do trecho referente à servidão não seria possível no presente caso, uma vez que o proprietário do imóvel dominante (A) sempre reconheceu a propriedade alheia dos imóveis servientes (B e C), o que afasta o *animus domini* do exercício da sua posse. Além de que, está caracterizada a finalidade específica da posse.

Apresentados os casos práticos que motivaram a análise da usucapião da servidão neste trabalho, passa-se a analisar a usucapião do usufruto.

3.2 Aquisição do direito real de usufruto pela usucapião

Conforme explica Carlos Roberto Gonçalves, o usufruto pode ser adquirido por determinação legal (decisão judicial, lei), ato de vontade (contrato, testamento) e usucapião.¹⁸⁹ Para o presente trabalho interessa analisar apenas a aquisição por usucapião.

O Código Civil de 2002 previu expressamente a possibilidade de constituição do usufruto por meio da usucapião, conforme o texto do artigo 1.391: “o usufruto de imóveis, quando não resulte de usucapião, constituir-se-á mediante registro no Cartório de Registro de Imóveis” (grifou-se).

Nota-se que a lei apenas indica que o direito real de usufruto é passível de usucapião, entretanto, não regulamenta essa modalidade de aquisição da mesma forma que a usucapião da propriedade e da servidão aparente (artigos 1.238, 1.242 e 1.379, todos do Código Civil), isto é, não aponta expressamente quais os requisitos, parâmetros e diretrizes que devem ser observados.

Apesar da inexistência de regulamentação, a possibilidade de aquisição do usufruto pela usucapião deve ser reconhecida, e a lacuna legislativa preenchida com a

¹⁸⁹ GONÇALVES, 2012, p. 459. No mesmo sentido, GOMES, 2010, p. 315 e WALD, 2011, p. 284.

utilização do instituto da analogia (artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - LINDB).

Flávio Tartuce explica que:

A analogia pode ser conceituada como sendo a aplicação de uma norma próxima ou de um conjunto de normas próximas, não havendo uma norma prevista para um determinado caso concreto. Dessa forma, sendo omissa uma norma jurídica para um dado caso concreto, deve o aplicador do direito procurar alento no próprio ordenamento jurídico, permitida a aplicação de uma norma além do seu campo de atuação.¹⁹⁰

Diante do conceito acima, resta saber se a aplicação da analogia terá por base as previsões da usucapião da propriedade ou da servidão.

Numa análise inicial, é possível dizer que as disposições da usucapião da servidão seriam aplicadas ao usufruto, haja vista que ambos são direitos reais sobre coisa alheia e institutos que possuem grande semelhança, diferentemente da propriedade, que é considerada o direito real por excelência (*jus in re própria*).

Contudo, se a aplicação da analogia levar em consideração o princípio da função social, certamente as disposições da usucapião da propriedade serão aplicadas ao usufruto, uma vez que, conforme abordado nos capítulos anteriores, o lapso temporal exigido é menor. Claudio Ferreira Pazini adota esse entendimento:

Parece-nos mais adequado aplicar ao usucapião do usufruto, por analogia, as normas do usucapião da propriedade, eis que impõem prazos mais exíguos. Deveras, permitir a aquisição da propriedade ou dos direitos reais limitados em prazo mais curto atende em maior medida ao princípio da função social da propriedade, já que permite a aquisição do direito real mais rapidamente por quem, de fato, explora a coisa, dando-lhe destinação útil.¹⁹¹

Portanto, em atendimento ao princípio da função social, a usucapião do usufruto deve observar, por analogia, as disposições da usucapião da propriedade, tanto na modalidade ordinária quanto na extraordinária.

Arnoldo Wald adota o mesmo entendimento: “surge o usufruto por usucapião do mesmo modo que a propriedade, podendo o usucapião ser ordinário, se houver boa-fé do usufrutuário (dez anos), ou extraordinário, independente de boa-fé e justo título (quinze anos)”.¹⁹²

¹⁹⁰ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*, vol. 1. São Paulo: Método, 2010, p. 51.

¹⁹¹ PAZINI, 2012, p. 114.

¹⁹² WALD, 2011, p. 286. Idêntica análise é feita pela jurisprudência: “A prescrição aquisitiva do direito real de usufruto exige o mesmo prazo que o estabelecido para se adquirir a propriedade por via de usucapião. Segue, portanto, as mesmas regras das prescrições aquisitivas de propriedade”. (TJPR. AC n. 635930-4, Rel. Des. Lauri Caetano da Silva. 17ª Câmara Cível, j. em 03.02.2010)

Ao lecionar sobre a usucapião do usufruto, Orlando Gomes apresenta idêntica conclusão “os princípios relativos à aquisição de propriedade [...] aplicam-se *mutatis mutandis* ao usufruto, e, assim, quem, de boa-fé, se tornar usufrutuário adquire o usufruto por *usucapião*. Também o adquirirá, sem justo título nem boa-fé, pela *usucapião extraordinária*”.¹⁹³

3.2.1 Modalidades de usucapião do usufruto: ordinária e extraordinária

Em relação aos bens imóveis, a usucapião ordinária do usufruto deverá observar, por analogia, o disposto no artigo 1.242 do Código Civil, que disciplina a usucapião ordinária da propriedade imóvel.

Nessa hipótese, para que ocorra a aquisição originária do usufruto, o suposto usufrutuário deverá exercer posse sobre o bem alheio de forma mansa, pacífica, contínua e pública, durante o prazo de 10 (dez) anos, com justo título e boa-fé.

O justo título é entendido como o ato ou fato jurídico de instituição de usufruto, que *aparentemente* foi realizado da maneira legal, proporcionando ao usufrutuário a crença de que é titular do direito real, de forma válida com exercício lícito e legítimo da posse, o que consiste na sua boa-fé. Esses aspectos teóricos foram abordados no tópico 1.5.6 do capítulo primeiro, quando da análise da usucapião da propriedade, e aplicam-se ao usufruto com a devida adaptação.

Por outro lado, a usucapião extraordinária do usufruto de bem imóvel requer prazo de 15 (quinze) e independe de justo título e boa-fé, conforme aplicação analógica do artigo 1.238 do Código Civil. O que se exige na modalidade extraordinária é o exercício ininterrupto da posse (sem oposição) e que a exploração do bem alheio pelo suposto usufrutuário ocorra por sua vontade exclusiva, sem que haja qualquer tipo de autorização ou negociação com o titular do imóvel (nu-proprietário).

Ademais, ambas as modalidades de usucapião do usufruto poderão sofrer diminuição no prazo legal, nos termos do parágrafo único do artigo 1.238 e do parágrafo único do artigo 1.242, ambos do Código Civil.¹⁹⁴

¹⁹³ GOMES, 2010, p. 316. José Carlos de Moraes Salles complementa: “A posse do usufrutuário é a *posse direta* da coisa objeto do usufruto. O nu-proprietário tem, entretanto, a *posse indireta*, por força do disposto no art. 1.197 do Código atual (correspondente, em parte, ao art. 486 do Código anterior). Essa posse direta pode, em determinadas circunstâncias, passar às mãos de terceiros, que preenchidos os requisitos legais (arts. 1.238 e 1.242 do Código vigente), terão condições de usucapir o usufruto”. (2006, p. 155-156)

¹⁹⁴ Art. 1.238, 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.

A jurisprudência, inclusive, já reconheceu a usucapião constitucional do usufruto (especial urbana), prevista no artigo 183 da Constituição Federal.¹⁹⁵

CIVIL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE. USUFRUTO VITALÍCIO DA GENITORA. DIREITO REAL PASSÍVEL DE USUCAPIÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.391 DO CC. PRAZO PARA A PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 183 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 1.240 DO CÓDIGO CIVIL. USUCAPIÃO ESPECIAL. IMÓVEL QUE CONTA COM 252 M². DIFERENÇA ÍNFIMA QUE NÃO PODE SOBREPULAR O REAL ESCOPO DA NORMA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. O imóvel foi adquirido para servir de moradia da genitora, a qual assumiu todas as despesas decorrentes do uso da coisa.

2. A posse exercida sobre o imóvel por mais de 9 anos, configura a constituição de usufruto vitalício, que limita o domínio da real proprietária, até o evento morte da usufrutuária.

3. Reconhecido a constituição do usufruto vitalício por usucapião, o titular do domínio não pode reivindicar o imóvel. Inteligência do art. 1391 do Código Civil.¹⁹⁶

Por fim, em relação ao usufruto de bens móveis, “recomendamos a aplicação, por analogia, do disposto nos arts. 1.260 e 1.261 do Código Civil, que se referem, respectivamente, ao usucapião ordinário e extraordinário da propriedade móvel”.¹⁹⁷

3.2.2 Comportamento próprio de usufrutuário

Este tópico é necessário para esclarecer a grande questão que é comum a todas as modalidades de usucapião do usufruto, qual seja, o comportamento próprio de usufrutuário (exercício de atos possessórios).

O direito real de usufruto somente será reconhecido se houver exploração da coisa alheia pelo possuidor, usando e percebendo os frutos, por sua própria vontade ou acreditando ser o seu titular (ânimo de usufrutuário). É este comportamento contínuo que comprova a posse do usufruto sujeita à usucapião. Assim, será considerado possuidor de um usufruto aquela pessoa que se comporta como usufrutuário.¹⁹⁸

Art. 1.242. 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.

¹⁹⁵ Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

¹⁹⁶ TJPR. AC n. 635930-4, Rel. Des. Lauri Caetano da Silva. 17ª Câmara Cível, j. em 03.02.2010.

¹⁹⁷ PAZINI, 2012, p. 115.

¹⁹⁸ Luiz Guilherme Loureiro é direto: “claro está que o possuído há de ser o direito de usufruto, posse que, em princípio, consiste em ter a coisa na condição de usufrutuário”. (2010, p. 326)

Esse requisito, enquanto elemento subjetivo a ser analisado, se equivale ao comportamento de proprietário da usucapião da propriedade (*animus domini*), nos termos descritos no item 1.5.3 do primeiro capítulo. Contudo, deve-se perceber que o exercício do usufruto demonstra a vontade do possuidor em se converter em usufrutuário e não em proprietário.

Nas palavras de Benedito Silvério Ribeiro,

o usucapiente, para ver reconhecido o seu direito limitado, deverá exercer **atos possessórios sobre a coisa frutuária**, da qual tem a posse direta, de vez que ao nu-proprietário está reservada a posse indireta (a posse direta do usufrutuário sobre a coisa não anula, mas coexiste com a posse indireta do nu-proprietário, segundo o estatuído no art. 1.197 do CC; ademais, o art. 1.210 do citado Código não distingue a qualidade da posse).¹⁹⁹ (grifou-se)

Portanto, para que o possuidor adquira o usufruto por usucapião, deverá comportar-se como usufrutuário durante todo o prazo legal. Em razão disso, a doutrina e a jurisprudência apresentam certa dificuldade em reconhecer na prática a usucapião extraordinária do usufruto, uma vez que “o dono da coisa não conseguirá provar que aquele que a explorava o fazia com intenção de apenas usar e fruir. O comportamento de quem explora a coisa para usucapir seu usufruto é muito semelhante, senão idêntico, ao de quem a explora com vistas a usucapir a propriedade”.²⁰⁰

Inclusive, para Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, “soaria estranho o fato de alguém possuir por longo tempo um bem imóvel e não adquirir a propriedade, mas apenas o usufruto, já que, a ideia do *animus domini* sempre foi da essência da usucapião”.²⁰¹

Contudo, essa situação é totalmente irrelevante para a usucapião ordinária do usufruto, haja vista que nessa modalidade é o justo título quem define qual o direito real sujeito à usucapião. O alcance do direito a ser adquirido pela usucapião não se encontra apenas no comportamento do possuidor, mas no instrumento constitutivo supostamente válido. Assim sendo, não haverá dificuldades para reconhecer se o comportamento do possuidor era próprio de usufrutuário ou de proprietário.

A hipótese acima é retratada no seguinte exemplo:

Imagine-se a situação de um possuidor que obteve posse direta da coisa, em virtude de uma relação de usufruto travada com o proprietário. Tempos depois, toma conhecimento que havia recebido aposse *a non domino*, pois o concedente não era o verdadeiro proprietário. Porém, pelo fato de desenvolver posse mansa e pacífica, com *justo título* aliado à *boa-fé* pelo prazo assinalado na usucapião ordinária (5 ou 10 anos - art. 1242 CC), terá

¹⁹⁹ RIBEIRO, 2007, v. I, p. 491.

²⁰⁰ PAZINI, 2012, p. 116.

²⁰¹ FARIAS & ROSENVALD, 2012, p. 826.

acesso a uma sentença que lhe declare usucapião do usufruto, a ser respeitado pelo verdadeiro proprietário.

Definitivamente, não fará jus à usucapião do direito de propriedade, pois sua posse não contou em nenhum momento com *animus domini*. Pelo contrário, houve respeito ao domínio e apenas se reputa presente a intenção do possuidor de ser usufrutuário. Por isto, a sentença de usucapião não privará o proprietário da titularidade formal, mas lhe limitará o domínio, pois terá de conviver com o usucapiente do usufruto até o término do prazo fixado no justo título.²⁰² (grifou-se)

Portanto, com base nos argumentos expostos, a usucapião do usufruto na modalidade extraordinária, apesar de juridicamente possível, não se justifica na prática, haja vista que o cumprimento dos seus requisitos possibilita desde logo a usucapião da propriedade.²⁰³

Por outro lado, a usucapião ordinária do usufruto é absolutamente viável, pois o justo título proporciona a crença na titularidade do direito real, motivo pelo qual os atos decorrem da autoridade do próprio usufrutuário putativo, descaracterizando a mera permissão /tolerância do nu-proprietário.

3.2.3 Aspectos processuais e registrais da usucapião do usufruto

Em relação ao rito processual da usucapião do usufruto, esclarece-se que não existe previsão legal específica como nos casos de usucapião da propriedade e da servidão predial (artigo 941 e seguintes do Código de Processo Civil). Essa ausência de regulamentação existe, muito provavelmente, porque quando o diploma processual entrou em vigor, o Código Civil de 1916, vigente na época, previa somente a usucapião da propriedade e da servidão.

²⁰² FARIAS & ROSENVALD, 2012, p. 827. Arnaldo Rizzardo e Benedito Silvério Ribeiro utilizam o mesmo exemplo nas suas obras: RIZZARDO, 2014, p. 960 e RIBEIRO, 2007, v. I, p. 490-491.

²⁰³ É importante fazer uma grande ressalva neste ponto. É aconselhável que o possuidor, no lugar de pleitear o reconhecimento da usucapião extraordinária do usufruto, opte por fazer somente um pedido declaratório da propriedade, haja vista que com o cumprimento dos mesmos requisitos estará adquirindo direito real mais amplo. Contudo, quando os elementos probatórios não forem robustos, além do pedido de declaração da propriedade (pedido principal), é importante a realização de um pedido subsidiário para que, em caso de improcedência, seja verificado especificamente o comportamento próprio de usufrutuário. Nesta ordem de pedidos, um direito real não repele o outro. Por fim, não é aconselhável alterar essa ordem (principal e subsidiário), pois a jurisprudência entende que a eventual alegação da usucapião do usufruto como pedido principal, afasta o ânimo de dono do exercício da posse, inviabilizando a usucapião da propriedade, uma vez que a variação no elemento subjetivo os torna incompatíveis. Este é o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal: “A usucapião exige a demonstração do lapso prescricional e do *animus domini*. A alegação de usufruto do imóvel é incompatível com elemento subjetivo imprescindível para adquirir a propriedade por usucapião”. Segue trecho do inteiro teor do acórdão: “Ao afirmar ser usufrutuário do imóvel em razão de acordo, a 1ª autora afasta a possibilidade de reconhecimento do referido *animus*”. (TJDF. AC n. 0019152-60.2003.807.0001, Rel. Des(a). Editte Patrício. 3ª Turma Cível, j. em 18/04/2007)

Entretanto, a inexistência de um rito processual específico para a usucapião do usufruto, dos demais direitos reais sobre coisas alheias, e dos bens móveis, não significa que estes direitos não podem ser usucapidos, pois na ausência de procedimento especial regulador, a ação judicial poderia tramitar pelo rito ordinário, sumário ou sumaríssimo, conforme o caso.

Por outro lado, a solução trazida por Benedito Silvério Ribeiro, além de óbvia, parece ser a mais correta:

Poderá ver o usucapiente reconhecido o seu direito ao usufruto pela ação declaratória de domínio, na forma prevista na lei processual civil, devendo ser citado o nu-proprietário ou aquele em nome de quem esteja registrado o imóvel. Citado deverá sê-lo também aquele que haja transferido o usufruto, na hipótese de aquisição a *non domino*. Poderá alegar usucapião como defesa (*exceptio domini*) em ações que contra si tenham sido endereçadas.²⁰⁴

Assim sendo, entende-se que, por meio de uma interpretação extensiva do texto legal, a usucapião do usufruto (ordinária e extraordinária) seguirá a disciplina jurídica da ação de usucapião da propriedade e da servidão predial prevista nos artigos 941 e seguintes do Código de Processo Civil, além das disposições do Código Civil e da legislação de registros públicos (requisitos, exigências, observações processuais, competência, citações e intimações, Ministério Público, provas em geral, julgamento, sentença, etc.).²⁰⁵

No âmbito registral, a jurisprudência e a doutrina entendem que o usufruto de bens imóveis depende de registro no cartório imobiliário para que seja oponível a terceiros (*erga omnes*). Orlando Gomes diz que, “quando o usufruto recai em coisas imóveis, é necessária a transcrição do título no Registro Público. Para o usufruto de coisas móveis, basta a tradição”.²⁰⁶ No mesmo sentido leciona Benedito Silvério Ribeiro, “o registro do usufruto, para validade contra terceiros, será feito por mandado, com menção dos requisitos necessários estabelecidos na Lei de Registros Públicos”.²⁰⁷

A conclusão acima decorre da leitura do artigo 1.391 do Código Civil e do artigo 167, inciso I, nº 7, da Lei 6.015/73:

Art. 1.391. O usufruto de imóveis, quando não resulte de usucapião, constituir-se-á mediante registro no Cartório de Registro de Imóveis.

²⁰⁴ RIBEIRO, 2007, v. I, p. 492.

²⁰⁵ Esclarece-se que o procedimento especial previsto no Código de Processo Civil não se aplica a todas as modalidades de usucapião do usufruto. Por exemplo, a usucapião especial urbana e especial rural deverão observar, respectivamente, o rito sumário e o sumaríssimo (artigo 14 da Lei 10.257/01 e artigo 5º da Lei 6.969/81).

²⁰⁶ GOMES, 2010, p. 316. No mesmo sentido é o entendimento da jurisprudência: “Artigo 1.391 do Código Civil. Usufruto de bens imóveis, quando não resulte de usucapião, constituir-se-á mediante matrícula no Cartório de Registro de Imóveis. Necessidade de registro para a eficácia 'erga omnes' do direito das coisas.” (TJSP. AI n. 0587316-48.2010.8.26.0000, Rel. Des. Heraldo de Oliveira. 13ª Câmara de Direito Privado, j. em 06/04/2011)

²⁰⁷ RIBEIRO, 2007, v. I, p. 493.

Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos.
I - o registro: [...] 7) do usufruto e do uso sobre imóveis e da habitação, quando não resultarem do direito de família.

Contudo, percebe-se da leitura do artigo 1.391 do Código Civil que, em relação ao usufruto adquirido por usucapião, dispensa-se o registro imobiliário. Nos termos da lei, o usufruto de imóveis, somente será constituído mediante registro *quando não resultar de usucapião ou do direito de família* (artigo 167, inciso I, item 7, da Lei 6.015/73). Para o legislador, aparentemente, a posse pública e ininterrupta do usufruto pelo usucapiente é suficiente para conferir eficácia *inter partes* e *erga omnes* (frente a terceiros), independente do registro no Cartório de Registro de Imóveis.²⁰⁸

Se o legislador tivesse a intenção de exigir o registro do usufruto adquirido por usucapião, não deveria ter positivado o artigo 1.391 do Código Civil. Com esse dispositivo, conferiu tratamento diverso para o usufruto, excepcionando a regra existente para os demais direitos reais, qual seja: a eficácia *erga omnes* depende do registro imobiliário.²⁰⁹

Entende-se, então, que o legislador equivocou-se quando positivou a dispensa de registro do usufruto, justamente porque esta previsão legal destoa totalmente da sistemática adotada pela lei para os outros direitos reais.

Parece ingênuo acreditar que o exercício da posse seja suficiente para que toda a coletividade tenha conhecimento da existência de um gravame sobre o imóvel. Basta se perguntar, como um possível adquirente de imóveis conseguirá saber na prática se o atual possuidor é um usufrutuário, familiar do proprietário ou um mero preposto? Além disso, como poderá saber se já houve o transcurso do prazo da usucapião? É simplesmente impossível responder a estes questionamentos.

Para evitar problemas desse tipo, Claudio Ferreira Pazini sugere uma interpretação *lege ferenda*, com a “adoção do mesmo critério existente para os demais direitos reais, impondo-se, igualmente, ao usufruto decorrente de usucapião a necessidade de registro para que tenha eficácia perante terceiros”.²¹⁰

²⁰⁸ Apesar de a questão ser pouco explorada pela jurisprudência, existem julgados neste mesmo sentido: “APELAÇÃO CÍVEL. PROPRIEDADE E DIREITOS REAIS SOBRE COISAS ALHEIAS. AÇÃO DECLARATÓRIA. USUFRUTO DE FATO. [...]. O usufruto, direito real sobre coisa alheia, é passível de ser constituído de 04 maneiras distintas: por disposição contratual, por testamento, por usucapião e por força de lei (direito de família e sucessões). Em todas elas, à exceção da terceira, é imprescindível o registro na matrícula do imóvel. Inteligência do art. 1.391 do CC/2002”. (TJRS. AC n. 70059576322, Rel. Des. Dilso Domingos Pereira. 20ª Câmara Cível, j. em 28/05/2014) – grifou-se.

²⁰⁹ O artigo 1.227 do Código Civil dispõe que: “os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código”. Aparentemente, a usucapião do usufruto encaixa-se na exceção sublinhada.

²¹⁰ PAZINI, 2012, p. 118.

Assim, julgada procedente a ação declaratória (ou ação confessória), a decisão judicial será levada ao registro de imóveis, mediante a expedição do respectivo mandado, para que ocorra o seu registro na matrícula do imóvel, instituindo-se o gravame do usufruto, o que apenas vai limitar o direito de propriedade e não alterar a titularidade do bem, nos termos do artigo 167, inciso I, número 28, da Lei 6.015/73.²¹¹

Além da ação declaratória, o possuidor poderá defender a sua posse por meio dos interditos possessórios (manutenção de posse, reintegração de posse e interdito proibitório), bem como por meio da ação de nunciação de obra nova (quando iniciar construção de obra que impeça ou perturbe o desfrute do imóvel).

Ainda no tocante aos aspectos processuais, completado o prazo da usucapião, considera-se concretizado o usufruto, motivo pelo qual “no caso de o verdadeiro proprietário vir a reivindicar a coisa, permanece o usufruto contra o mesmo; e se o instituidor [a *non domino*] adquirir a propriedade, revalida-se o gravame na pessoa do usucapiente e usufrutuário”.²¹²

Por fim, vale frisar que, tal qual a usucapião da propriedade e da servidão, a usucapião do usufruto também poderá ser alegada em defesa para afastar as pretensões da parte autora (Súmula 237 do STF)²¹³ e nunca incidirá sobre bens públicos (Súmula 340 do STF).

3.2.4 Caso prático

Da mesma forma que a servidão, a análise da usucapião do usufruto neste trabalho decorre de um caso prático que surgiu durante estágio em escritório de advocacia, o qual será relatado de maneira breve logo abaixo.

No final do ano de 2003, uma empresa do mercado imobiliário, especificamente do ramo de loteamentos, concedeu a um de seus melhores funcionários, por meio de instrumento particular, o direito de “usar e gozar” um dos lotes do seu empreendimento,

²¹¹ Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos. I - o registro: [...] 28) das sentenças declaratórias de usucapião;

²¹² RIZZARDO, 2014, p. 960. É importante apresentar a seguinte hipótese trazida pela jurisprudência: “[...] se alguém desapossa o usufrutuário, e, como possuidor do direito de usufruto, preenche os requisitos para adquirir esse direito por usucapião, o novo direito de usufruto não deriva do anterior, pois este é intransmissível, mas, por que ele surge originariamente, o direito de usufruto anterior se extingue, e o novo se opõe inclusive ao proprietário”. (STF. RE 94580, Rel. Min. Djaci Falcão. Tribunal Pleno, j. em 30/08/1984).

²¹³ Repete-se aqui a crítica realizada no item 1.6 do primeiro capítulo, no tocante à adaptação procedimental que deveria ocorrer para a análise da usucapião em defesa.

gratuitamente e por tempo indeterminado. O lote concedido possuía uma edificação provisória que passou a ser a moradia deste empregado.

O objetivo da empresa com essa medida era manter o funcionário no empreendimento para facilitar as atividades e ter alguém sempre próximo para comandar os demais empregados. Vale frisar que nenhuma menção ao instrumento pactuado foi realizada no contrato de trabalho.

Como a vizinhança oferecia uma ótima qualidade de vida, o possuidor do lote passou a conviver com a sua família no local e, com o passar dos anos, foi realizando diversas melhorias no imóvel.

Ocorre que, depois de quase 11 (onze) anos, a relação entre empregado e empregador se desgastou, resultando na dispensa do funcionário. Em razão disso, a empresa decidiu imediatamente reaver o seu imóvel, para tanto enviou uma notificação solicitando a desocupação.

Após receber a notificação, o funcionário/possuidor procurou um advogado para elaborar as medidas cabíveis, a fim de evitar a desocupação do imóvel. Assim, foi enviada à empresa uma contra-notificação que continha o seguinte relato: trata-se de usucapião ordinária de usufruto vitalício (artigo 1.391 c/c artigo 1.242, caput, ambos do Código Civil), porquanto o possuidor se comportou como usufrutuário do imóvel alheio em razão do instrumento particular pactuado entre as partes (justo título e boa-fé).²¹⁴ A empresa recebeu a comunicação e resolveu fazer um acordo com o seu ex-funcionário, indenizando-o por todas as benfeitorias realizadas no imóvel.

Encerrado o relato do caso acima, todos os assuntos que interessavam ao presente trabalho foram abordados, de modo que a síntese do seu conteúdo será abordada na conclusão que segue na sequência.

²¹⁴ Para a jurisprudência, “a falta de averbação da instituição do usufruto, junto à matrícula do imóvel, não impede o seu reconhecimento, uma vez que firmada por instrumento particular [...]”. (TJSP. AC n. 9266917-83.2008.8.26.0000, Rel. Des(a). Maria Lúcia Pizzotti. 20ª Câmara de Direito Privado, j. em 30/06/2014)

CONCLUSÃO

Com a realização desta pesquisa, foi possível observar que a doutrina se preocupa principalmente com o estudo da usucapião da propriedade, deixando a usucapião dos direitos reais sobre coisas alheias em segundo plano. Isso é perfeitamente compreensível, uma vez que o instituto da usucapião no ordenamento jurídico brasileiro é praticamente todo ele destinado à aquisição da propriedade. Apesar disso, a legislação admite a usucapião dos direitos reais sobre coisas alheias, especialmente aqueles que foram objeto de estudo, a servidão e o usufruto.

Em relação à servidão, foi possível observar que a legislação preocupou-se com a regulamentação da sua aquisição por meio da usucapião (artigo 1.379 do Código Civil), remetendo a análise dos seus requisitos aos dispositivos que regulamentam a usucapião da propriedade.

Já em relação ao usufruto, embora haja previsão expressa da possibilidade de aquisição por usucapião (artigo 1.391 do Código Civil), a sua regulamentação possui muitas lacunas, sem qualquer disposição estabelecendo quais serão os requisitos a serem observados. Diante disso, é necessária a aplicação, por analogia, das regras que disciplinam a usucapião da propriedade, para suprir a ausência de regulamentação.

Com a análise feita, concluiu-se que ambos os direitos reais (servidão e usufruto) poderão ser usucapidos nas modalidades ordinária e extraordinária.

A usucapião do usufruto na modalidade extraordinária apresenta pouco interesse prático, pois o comportamento de usufrutuário do possuidor de maneira contínua e ininterrupta é facilmente confundido com o ânimo de dono, o que possibilita desde logo a usucapião da propriedade.

Por outro lado, a servidão aparente será usucapida na modalidade extraordinária, uma vez que o exercício dos atos possessórios não será confundido com o comportamento de proprietário do bem, pois a exploração da servidão possui finalidade específica. De tal modo, não será possível alegar a usucapião da propriedade, tal pedido é extremamente temerário.

Em relação à servidão não aparente, percebeu-se a inaplicabilidade da usucapião extraordinária, ante a ausência de visibilidade da posse e pela impossibilidade de se exigir do serviente que se abstenha de fazer todos os atos que não foram praticados durante o prazo legal.

A modalidade ordinária aplica-se para tanto para o usufruto quanto para a servidão aparente, opção que inviabiliza a alegação de usucapião da propriedade, haja vista que o justo título limitará o alcance do direito real a ser adquirido.

Ademais, ambas as modalidades de usucapião, tanto da servidão quanto do usufruto, poderão sofrer diminuição no prazo legal, nos termos do parágrafo único do artigo 1.238 e do parágrafo único do artigo 1.242, ambos do Código Civil.

Conforme pesquisa jurisprudencial é possível também a usucapião do usufruto e da servidão nas modalidades especial urbana e especial rural, desde que cumpridos os requisitos (artigos 183 e 191 da Constituição Federal, artigos 1.239 e 1.240 do Código Civil, Lei 10.257/01 e Lei 6.969/81). Percebe-se que não incide a exigência de o usucapiente não ser proprietário de outro imóvel, haja vista que nesse caso não será a propriedade a ser adquirida, e sim os direitos reais sobre coisa alheia de usufruto e servidão.

Dentre todos os elementos a serem analisados nas hipóteses acima, um deles é essencial: o ânimo de titular de direito real sobre coisa alheia. Para que a usucapião da servidão ou do usufruto se concretize, será necessário que o possuidor pratique atos próprios de servidão ou tenha comportamento específico de usufrutuário, explorando a coisa por sua própria vontade, sem que haja qualquer autorização ou negociação com o proprietário.

No âmbito processual e registral, concluiu-se que a ação de usucapião do usufruto e da servidão tramitará pelo rito do procedimento especial previsto no Código de Processo Civil, e que a sentença declaratória do direito real deverá ser levada a registro no Cartório de Registro de Imóveis, instituindo-se o gravame nas matrículas imobiliárias para conferir eficácia perante terceiros.

Por fim, ainda que o tema esteja longe de ser esgotado, entende-se que o presente estudo possui certa relevância social, pois conseguiu demonstrar alguns aspectos legais importantes, juntamente com a visão dos tribunais, acerca da usucapião dos direitos reais de servidão e de usufruto. Ficou claro que para suprir as lacunas legais, é necessário harmonizar as regras previstas no ordenamento jurídico, conferindo lógica interpretativa e sanando eventuais contradições, com especial atenção à realidade dos fatos e à exploração dentro dos parâmetros do possível, para assim concretizar a função social da posse.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 maio. 2013.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 1 maio. 2013.

_____. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 1 maio. 2013.

_____. Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. *Lei de Registros Públicos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015.htm>. Acesso em: 1 maio. 2013.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 1 maio. 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, v. 5: Direitos das Coisas*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros Públicos: Teoria e Prática*. São Paulo: Editora Método, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil, v. 3: Direito das Coisas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PAZINI, Claudio Ferreira. *Usucapião de direitos reais sobre coisas alheias no ordenamento jurídico brasileiro: aplicação subsidiária das disposições acerca do usucapião da propriedade*. 2012. 174 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

PELUSO, Cesar (coord.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Manole, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, v. IV*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PILATI, José Isaac. *Propriedade e função social na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião, v. I e II*. São Paulo: Saraiva.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SALLES, José Carlos de Moraes. *Usucapião de bens imóveis e móveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral, v. 1*. São Paulo: Método, 2010.

WALD, Arnaldo. *Direito Civil: direito das coisas, v. 4*. São Paulo: Saraiva, 2011.