

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JANEIRO A MARÇO 1985

ANO 22 • NÚMERO 85

A usucapião especial no Brasil: evolução ou descaracterização de um instituto jurídico romano?

ANNA MARIA VILLELA

Professora da Universidade de Brasília.
Assessora do Senado Federal.

Ao intitular assim, de maneira um tanto provocativa, este estudo, não nos anima, nem o desejo de empalidecer os méritos notórios da Lei nº 6.969/81 (1), nem o propósito de contestar a filiação de nosso direito ao sistema jurídico romanista.

Reconhecemos os efeitos positivos da recente legislação sobre a usucapião especial que, tentando minorar os problemas crônicos da propriedade fundiária no Brasil, oferece mecanismos e normas que, no dizer do Professor MIGUEL REALE (2), são "um exemplo de compreensão do Direito como concreção ou como experiência", vez que armou-se de tal cunho operacional que "conseguiu afastar, um a um, todos os óbices que emperravam as antigas ações de usucapião."

Tampouco queremos negar o fato de que para o enquadramento de um país na família jurídica romanista necessário não é que, no conteúdo e nos detalhes de suas normas jurídicas, apresente notórias importações romanas e total fidelidade a esta antiga construção normativa.

Sabe-se que a formulação do conceito de "sistema jurídico" é para os juscomparatistas, um achado de ordem meramente formal ou estru-

(1) Lei n.º 6.969, de 10 de dezembro de 1981, que dispõe sobre a aquisição, por usucapião especial, de imóveis rurais, altera a redação do § 2.º do art. 589 do Código Civil, e dá outras providências.

(2) REALE, M. O sentido social da usucapião especial. *Revista do Serviço Público*. Brasília, a. 39, v. 110, n. 1, jan./mar., 1982, p. 25.

tural e, sempre advogamos para o nosso Brasil uma posição de romanista "à part totale" e não nos convence a sua inserção, como membro espúrio, num suposto subgrupo de países que, embora inspirando-se da tradição romanista, a teriam desnaturado, mesclando de outras fontes a herança latina.

Contudo, pensamos que cabe ao estudioso destacar um ou outro detalhe ou elemento de conteúdo de nossa legislação para testar se a romanização ou não, deste ou daquele conceito, não é meramente um problema de fachada.

Em artigo publicado nesta Revista⁽³⁾, tivemos ocasião de mostrar que a Convenção da UNCITRAL/ONU, sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias, mudara injustificavelmente o rótulo de um instituto, que mantivera tal qual na sua essência romana, mas alterando-lhe a denominação. Ao invés de utilizar a expressão conhecida como "vícios redibitórios", que é de difícil compreensão para os práticos homens de negócio, introduziu a categoria dos "defeitos de conformidade da coisa".

Atitudes semelhantes a estas encontram-se já nas compilações medievais da época de BEAUMANOIR e o comparatista está habituado a estas alterações de superfície.

Acontece que, em nosso País, a situação tem sido sempre invertida, isto é, muitas vezes denominamos "à romana" instituições procedentes de outras fontes.

Na verdade, sempre que pensamos introduzir, entre nós, o **trust** anglo-saxônico, vamos buscar um invólucro romanista para encobrir a novidade: fideicomisso entre vivos, propriedade fiduciária, alienação fiduciária em garantia etc.

Em matéria de sucessões, eis um outro exemplo: substituímos sempre a velha e germânica noção de **saisine** pelos conceitos romanos de propriedade e de posse, à custa, todos sabemos, de quanto esforço para a doutrina⁽⁴⁾.

Chega agora até nós, e começa a ser divulgado, um novo conceito romano, na forma da usucapião especial.

Sua introdução foi tão espetacular que não passou despercebida à ironia do poeta, pois assim expressou-se CARLOS DRUMMOND DE ANDRADE:

"A usucapião está sendo proclamada com tanta ênfase e banda de música que dá para desconfiar. Até bem pouco têm-

(3) VILLELA, A. M. O direito romano e a unificação das normas jurídicas relativas aos contratos de compra e venda internacionais de mercadorias. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 18, n. 72, out./dez. 1981, p. 135.

(4) VILLELA, A. M. *La Transmission d'Héritité en Droit Brésilien et en Droit Français*. Paris, Librairies Techniques, 1971.

po, ninguém falava em usucapião, a ponto de se perder na memória coletiva o significado da palavra.

É eis que reverdece o vocábulo, com todo o viço político que o Governo, por seus porta-vozes, lhe empresta. Usucapião virou presente de Natal às massas despossuídas. Um Papai Noel surpreendente tira da sacola áreas e mais áreas de terras e atira-as à multidão...” (5)

Tal como ao poeta, intriga-nos o retorno deste conceito do **ius civile** que, por pouco, por um mero acidente parlamentar, não se reverdeceu ao mesmo tempo que um outro princípio da Lei das Doze Tábuas.

É que, introduzida, entre nós, com amplitude tal a usucapião especial, capaz de incidir sobre terras públicas e áreas de segurança nacional, foi fatal a tentativa de se fazer do benefício um privilégio de brasileiros.

Referimo-nos à proposta de emenda constitucional (6) que pretendeu dizer que “seria privativa de brasileiro a aquisição da propriedade rural por via de usucapião especial”.

A referida proposta chegou, até mesmo, a plenário no Congresso Nacional e só não veio a ser votada porque, no dia fixado para tal, razões de outra natureza contribuíram para o quase esvaziamento daquele recinto.

Faltou pouco, portanto, para que o Brasil voltasse à fonte antiga, reincorporando a regra: “adversus hostem aeterna auctoritas esto”.

E tudo isso dá muito o que pensar.

Por que fazer voltar ao nosso meio jurídico o insólito vocábulo banido do Código Napoleão e circunscrito à aquisição da propriedade dos bens móveis, à época de Justiniano?

Que motivos teriam inspirado o nosso legislador, ou melhor, os autores do projeto do Governo (7), que veio a ser lei, embora através de um substitutivo? (8)

(5) DRUMMOND DE ANDRADE, C. Usucapião. *Revista do Serviço Público*. Brasília, a. 39, v. 110, n. 1, jan./mar., 1982, p. 3.

(6) Proposta de Emenda à Constituição n.º 8/82, que dá nova redação ao § 33 do art. 153 da Constituição federal, constante da ordem do dia no Congresso Nacional, em 2 de junho de 1982, de autoria do Senador Jutahy Magalhães, PDS, Bahia.

(7) Projeto de Lei n.º 26, de 1981 (CN), dispõe sobre a aquisição, por usucapião especial, de imóveis rurais, e dá outras providências.

(8) Emenda do relator, Senador Jutahy Magalhães, Sala das Comissões, 17 de novembro de 1981, que veio a se transformar na Lei n.º 6.969/81.

Se observarmos a evolução de nosso direito, constataremos que aquilo que se introduziu, com maiores detalhes de ordem processual, na lei de 1981, era coisa conhecida de nosso meio rural.

Só que a denominação "usucapião especial" era típica da doutrina, nunca tendo sido aceita pelo legislador pátrio.

Comprovemos esta afirmativa:

É sabido que, se tivermos como ponto de partida, um Brasil juridicamente independente de Portugal, constataremos que a primeira remissão a este modo de aquisição da propriedade rural está numa lei brasileira do tempo do Império. Nesta famosa Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850⁽⁹⁾, estão, por assim dizer, todos os vocábulos característicos, usados pelo legislador de 1981, à exceção da expressão "possuir como seu".

Por paradoxal que possa parecer, a primeira formulação "brasileira" da chamada "usucapião especial" está nesta lei, que veio propor ao Brasil uma colonização à moda de Wakefield, isto é, imitando a legislação estadunidense em matéria de **venda** de terras públicas⁽¹⁰⁾. O objeto específico desta lei foi o de proibir, tal como nos Estados Unidos da América, a aquisição de terras devolutas por outro título que não fosse o de **compra**, punindo com penas severas os que tentassem se apossar de terras alheias ou devolutas.

O mencionado diploma legal explica, em seu artigo 3º, o que são terras devolutas, sem considerar entre estas "aquelas que se acharem "ocupadas por posse" que, apesar de não se fundarem em título legal, forem "legitimadas" por aquela lei".

Em seu artigo 5º prescreve que "serão legitimadas as posses **mansas e pacíficas**, adquiridas por **ocupação primária** ou **havida do primeiro ocupante**, que se acharem cultivadas, ou com princípio de cultura e morada habitual do respectivo posseiro ou de quem o represente".

Mas, se a lei imperial demonstra ambigüidades e imprecisões terminológicas, referindo-se, ao mesmo tempo, à ocupação primária e às

(9) Lei n.º 601, de 18 de setembro de 1850, dispõe sobre as terras devolutas no Império e acerca das que são possuídas por título de sesmaria sem preenchimento das condições legais, bem como por simples título de posse mansa e pacífica, e determina que, medidas e demarcadas as primeiras, sejam elas cedidas a título oneroso, assim para empresas particulares, como para o estabelecimento de colônias de nacionais e de estrangeiros, autorizado o Governo a promover a colonização estrangeira na forma que se declara.

(10) CIRNE LIMA, R. *Pequena História Territorial do Brasil. Sesmarias e Terras Devolutas*. 2.ª ed., Porto Alegre, Sulina, 1954, p. 81.

posses mansas e pacíficas, em seguida será mais determinada e firme a linguagem do legislador pátrio.

Assim, tanto a Constituição de 1934 (art. 125) ⁽¹¹⁾, como a de 1937 (art. 148) ⁽¹²⁾ e a de 1946 (art. 156, § 3º) ⁽¹³⁾ referem-se ao fato de se "**ocupar** determinado trecho de terra, sem oposição, nem reconhecimento de domínio alheio, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele sua morada", como modo de se aceder à propriedade rural.

Com o Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 1964), a matéria deixou a Constituição e foi para a lei ordinária, com algumas modificações importantes, mas nenhuma delas no tocante ao verbo empregado, que se mantinha ainda como "ocupar" (e não, possuir como seu) (art. 98) ⁽¹⁴⁾.

O Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73), em seu art. 33 ⁽¹⁵⁾ também estipula: "O índio integrado ou não, que **ocupe como próprio**, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a 50 hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena".

Constata-se, pois, que até 1981, nenhum legislador usara a expressão "possuir como seu" ou evocara a posse **animo domini**, suscetível de levar à usucapião, nesta matéria. Todos eles se referiram ao simples fato de se ocupar terra rural, sem oposição ou reconhecimento de domínio alheio, o que deixava claro que, até então, se tinha em vista a ocupação, modo de apropriação das **res nullius** ou das **res derelictae**.

Dos textos mencionados, somente o Estatuto do Índio, ao referir-se ao fato de **ocupar como próprio**, evoca o anteprojeto de Código Civil,

-
- (11) Art. 125 da Constituição de 1934: "Todo brasileiro que, não sendo proprietário rural ou urbano, ocupar, por dez anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, um trecho de terra até dez hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele a sua morada, adquirirá o domínio do solo, mediante sentença declaratória devidamente transcrita."
 - (12) Art. 148 da Constituição de 1937: "Todo brasileiro que, não sendo proprietário rural ou urbano, ocupar, por dez anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, um trecho de terra até dez hectares, tornando-o produtivo com o seu trabalho e tendo nele a sua morada, adquirirá o domínio, mediante sentença declaratória devidamente transcrita."
 - (13) Art. 156, § 3.º, da Constituição de 1946: "Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupar, por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, trecho de terra não superior a vinte e cinco hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele sua morada, adquirir-lhe-á a propriedade, mediante sentença declaratória devidamente transcrita."
 - (14) Art. 98 da Lei n.º 4.504/64: "Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupar por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, tornando-o produtivo por seu trabalho, e tendo nele sua morada, trecho de terra com área caracterizada como suficiente para, por seu cultivo direto pelo lavrador e sua família, garantir-lhes a subsistência, o progresso social e econômico, nas dimensões fixadas por esta Lei, para o módulo de propriedade, adquirir-lhe-á o domínio, mediante sentença declaratória devidamente transcrita."
 - (15) Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973, dispõe sobre o Estatuto do Índio.

de 1972, que fez acrescer aos tradicionais tipos de usucapião constantes de nosso Código Civil (a saber, o ordinário e o extraordinário), o especial, nestes termos, principalmente (16):

“Art. 1.435 — Aquele que, não sendo proprietário de imóvel no mesmo Estado, **possuir como seu, continua e incontestadamente**, por dez anos ininterruptos, imóvel que a lei considera suficiente para assegurar-lhe a subsistência e a de sua família, nele tendo sua morada, e o tornar produtivo com o seu trabalho, adquirir-lhe-á a propriedade independentemente de título e de boa fé.”

O Professor CHAMOUN, autor desta parte do anteprojeto, explicou que a chamada usucapião **pro labore** merecia acolhida no Código Civil, “porque persegue os rumos novos do direito de propriedade, valorizando a efetiva utilização do imóvel, que se torna produtivo com o trabalho do possuidor” (17).

Na verdade, se este artigo projetado não tem muito de original, deve ser, contudo, entendido no contexto de um outro, o art. 1.422, § 4º, que também consta do mesmo anteprojeto mencionado, sob inspiração do Professor MIGUEL REALE e que assim se enuncia:

“O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicando consistir em extensa área, há mais de cinco anos, na posse ininterrupta e de boa fé de considerável número de pessoas e estas nele houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Nesse caso, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário e, pago o preço, valerá a sentença como título para a transcrição do imóvel em nome dos possuidores.”

O inspirador da idéia de que o poder expropriatório não deve ser monopólio dos Poderes Executivo e Legislativo, mas também prerrogativa do Judiciário, o Professor MIGUEL REALE (18) explica, como supervisor da Comissão do Código Civil, as suas inovações, no particular. Trata-se, diz ele, de “inovação substancial inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só **novo conceito de posse**, que se poderia qualificar como sendo de **posse-trabalho**, expressão pela primeira vez por mim empregada, em 1943, em parecer sobre projeto de decreto-lei relativo às terras devolutas do Estado de São Paulo, quando membro de seu Conselho Administrativo. Na realidade, a lei deve outorgar especial proteção à posse que se traduz em trabalho criador, quer

(16) Anteprojeto de Código Civil, 1972, in *Código Civil (Direito das Coisas)*, Quadro comparativo, edição do Senado Federal, p. 13.

(17) *Op. cit.*, nota n.º 15, p. 98.

(18) *Op. cit.*, nota n.º 15, p. 95.

este se corporifique na construção de uma residência, quer se concretize em instrumentos de caráter produtivo ou cultural. Não há como situar no mesmo plano a posse, como simples poder manifestado sobre uma coisa, "como se" fora atividade do proprietário, com a "posse-qualificada", enriquecida pelos valores do trabalho".

Esta evocação foi necessária para mostrar-nos como, tendo por missão elaborar o projeto do Governo, que se transformou na lei sobre a usucapião especial, o Professor MIGUEL REALE não poderia trair as suas concepções.

E é natural que tenha tentado dar forma jurídica à usucapião especial, antecipando a vigência do Código Civil projetado.

Como jurista e como doutrinador, optou pela figura da prescrição aquisitiva, evitando falar de ocupação.

Mas é evidente que, se esta atitude tem importantes conseqüências de ordem prática, como veremos, é também óbvio que, ao revigorar a usucapião, ele não estava, conscientemente, lutando pela implantação do direito romano no Brasil.

Porque, afinal de contas, se tal fosse o seu propósito, poderia ter-se valido tanto da ocupação quanto da usucapião, pois que ambos os institutos têm a seu crédito a tradição jusromanista.

Poderíamos fazer tanto o **usus modernus occupationis**, quanto o **usus modernus usucapionis**.

Por que então usucapião especial e não ocupação especial, ocupação efetiva ou ocupação produtiva?

É o que pretendemos explicar depois de haver frisado que ambos os institutos foram conhecidos de Roma, que, neste ponto, como em outros, ostentou uma atitude dualista.

1. A dualidade do direito romano: **usucapio X occupatio**

1.1. A **usucapio**:

O direito romano antigo conheceu a usucapião, e, segundo a maioria dos autores, em fase até mesmo anterior à Lei das Doze Tábuas.

Era esta uma instituição típica dos Quirites, vez que era conceito do **ius civile**. Surgiu, segundo se afirma comumente, da necessidade de paliar o próprio rigor do **ius civile** que, formalista, só admitia, entre os romanos, a transmissão da propriedade quiritária pela via da **mancipatio** e da **in iure cessio**. Quando estas operações não se efetuassem de maneira perfeita, mas o **accipiens** pudesse demonstrar a sua boa fé quanto à

legitimidade de seu título, teria sempre em seu favor a **auctoritas** do antigo proprietário durante as ações de reivindicação da parte de terceiros.

Garantia-se, assim, o risco de evicção do adquirente que, munido de **fides**, **titulus** e um certo tipo de posse, tivesse o **tempus** em seu favor.

Mas, desde que o instituto era acessório das transmissões da propriedade quiritária, é óbvio que só era admitido em relação às coisas **in commercio**, suscetíveis que são de apropriação privada. As coisas **extra commercium**, em geral, e, portanto, os bens públicos, em particular, não eram suscetíveis de serem adquiridos deste modo.

A efervescência do Império Bizantino, no dizer de Arangio-Ruiz,⁽¹⁹⁾ fez evoluir a instituição do **ius civile**, ao contato das práticas do **ius gentium**. Amoldando-se à **praescriptio**, originária da Grécia, transformou-se a usucapião em prescrição aquisitiva de domínio.

Admite, então, diferentes tipos e classificações, mas uma característica manterá sempre, até mesmo no Império Romano do Oriente: a necessidade da boa fé continuará sendo requisito exigido por Justiniano, inclusive para a **praescriptio longissimi temporis**, que, mais tarde, em outras terras, inclusive no Brasil e no seu Código Civil, veio a confundir-se com a imemorialidade (que é conceito germânico) e a dispensar totalmente aquele requisito psicológico, sob a forma de usucapião extraordinária.

Contudo, a esta instituição quiritária tão bem explicada pelos juriconsultos e os textos, mas incidindo apenas sobre coisas suscetíveis de apropriação privada, é de se contrapor uma outra, vinculada ao **ius gentium**, que é a **occupatio**.

1.2. A **occupatio**:

A **occupatio** se identificava com a **usucapio** pelo fato de serem ambas o apoderamento físico de uma coisa, através de uma posse efetiva do bem.

Acontece, porém, que, se a posse fundamento da ocupação era uma posse **ad interdicta**, ela não precisava ter, de modo algum, os requisitos da **possessio civilis** ou **bonae fidei** ou **ad usucapionem**, que tinha de ostentar **animus domini, nec vi, nec clam, nec precario**.

Os magistrados protegeram a posse do ocupante e, diz-se até, que, exatamente para ela foram criados os primeiros interditos possessórios.

Mas, tais realidades não se mostram muito ostensivamente entre os autores clássicos.

(19) ARANGIO-RUIZ, V. Istituzioni di Diritto Romano. 14.^a ed., Nápoles, Jovene, 1980, p. 209.

OURLIAC e MALAFOSSE (20) asseveram que a ocupação figura, certamente, entre os modos clássicos de aquisição da propriedade, mas que, quanto aos imóveis, ela é um caso de escola. E continua: "Gaio não se engana quando faz da ocupação um modo acessório de aquisição da propriedade. É preciso esperar a época bizantina para ver a doutrina fazer uma idéia romântica do antigo direito e considerar para que o primeiro meio de se tornar proprietário foi a ocupação da **res nullius**. Parece, ao contrário, que a ocupação, no passado, incidiu apenas sobre os bens pertencentes à coletividade, situação de fato tolerada, depois ratificada, pelo Estado".

A época clássica revela, na verdade, uma ambigüidade entre os autores para admitir este tipo de aquisição de propriedade das **res derelictae** que, em geral, citam a controvérsia entre os proculianos e os sabinianos, sobre o assunto. Enquanto os últimos consideravam a coisa abandonada voluntariamente pelo proprietário como **res nullius**, e, portanto, como suscetível de ocupação, os primeiros só admitiam a perda da propriedade para o derelinqüente, no momento em que outrem a recolhesse.

Conta-se que, apesar da vitória da tese sabiniana, ainda assim, no tocante às **res Mancipi derelictae** se estimava que a ocupação devia ser integrada pela usucapião, já que aquelas coisas só podiam ter sua propriedade transferida pelos modos do **ius civile**.

Apesar das dúvidas e da possibilidade maior de incidência da ocupação sobre as coisas móveis, não é menos verdade que este instituto do **ius gentium**, funcionando como uma medida administrativa, como instituição de direito público, teve, em Roma, duas aplicações importantes em matéria de imóveis, e isto basta às nossas necessidades nesta exposição.

Referimo-nos à ocupação do **ager publicus** e do **ager desertus**, em alguns casos.

1.2.1. O **ager publicus**:

Alguns textos revelam que, sobre uma porção das terras conquistadas e incorporadas ao **ager publicus**, incluído entre as **res publicae in patrimonio**, eram os cidadãos romanos chamados a estabelecer-se **por ocupação**, mediante o pagamento de uma retribuição fixada pelo Estado.

RUI CIRNE LIMA (21) relembra textos para explicar que o edito do censor ou do cônsul convidando os cidadãos à ocupação considerava-se como uma **publicatio** e as terras nele visadas reputavam-se incorporadas ao domínio público, equiparadas às estradas e às demais dependências.

(20) OURLIAC, P. e MALAFOSSE, J. **Histoire du Droit Privé**. Paris, PUF, 1971, vol. II, p. 88.

(21) **Op. cit.**, nota n.º 9, p. 93.

1.2.2. O *ager desertus*:

Segundo ARANGIO-RUIZ (22), é um outro aspecto do mesmo instituto o regime do *ager desertus*, como se encontra regulado em duas tardias Constituições imperiais (C. 11, 59, 8 e 11):

“Se um proprietário deixa incultivado o seu fundo e depois de uma intimação pública da autoridade local não lá retorna dentro de seis meses, qualquer um pode imitar-se na posse do terreno; e esta posse se transforma em propriedade se, dentro de dois anos, o proprietário não a reivindica.

É, em substância, uma **desapropriação**, mas é significativo que, na Constituição 11, a falta de apresentação depois da intimação é, de algum modo, considerada como renúncia à propriedade (impares esse earum rerum tributis propria confitentur absentia) e, mais ainda, é revelador que, nos textos bizantinos, bastante mais tardios, o regime da **derelição** e o do **ager desertus** sejam considerados **como um só**.”

Também CHARLES MAYNZ (23), na 3ª edição de seu **Cours de Droit Romain**, de 1870, refere-se a esta Constituição do fim do 4º século, inspirada da idéia de favorecer a agricultura, ao mesmo tempo que aos interesses do Tesouro. Relembra o autor que diversas instituições da **decadência** devem a sua origem ao mesmo pensamento e cita passagem de Herodiano, II, 4, 3, em que o Imperador Pertinax atribui a propriedade das terras desertas, assim como diversas imunidades, ao primeiro chegada, que consentisse em cultivar aquelas terras, tanto na Itália quanto em outras partes do Império.

A respeito, sobretudo, da Constituição 11 comenta MAYNZ, influenciando a doutrina brasileira, que o seguirá:

“Este modo de aquisição não constitui, de maneira alguma, um caso de ocupação: porque, por um lado, não se trata de terras abandonadas, **ager derelictus**; por outro, é preciso que o adquirente tenha cultivado e pago os impostos, durante dois anos. Poder-se-ia considerá-lo, antes, como uma variedade da **usucapião pro deserto**.”

A afirmação de MAYNZ encontrou, como vimos, abrigo doutrinário, no Brasil, antes mesmo que o legislador de 1981 a adotasse.

2. A vitória da “usucapio” sobre a “occupatio” no direito brasileiro

Talvez já, de longa data, influenciada pela assertiva de MAYNZ, a doutrina brasileira qualificava a figura jurídica, constante das Constitui-

(22) *Op. cit.*, nota n.º 18, p. 190.

(23) MAYNZ, C. *Cours de Droit Romain*. 3.ª ed., Bruxelas, 1870, t. 1, p. 648, § 202.

ções de 34, 37 e 46, como **usucapião especial, constitucional ou "pro labore"**.

A Lei nº 6.969/81 tomou o mesmo partido, referindo-se expressamente à usucapião especial, a partir de sua própria ementa (24).

E o termo merece, no contexto desta lei recente, uma explicação especial.

Quando o projeto de lei do Executivo, sobre a usucapião especial, chegou ao Congresso Nacional, limitava-se a dizer que os preceitos daquela instituição incidiriam **sobre as terras devolutas em geral**.

Não se fazia alusão clara à possibilidade de usucapião especial sobre as terras particulares, que passaram a ser claramente visadas somente a partir do substitutivo do Legislativo, depois de grande e rumorosa discussão.

E isto é ainda mais surpreendente!

Como trazer a figura da usucapião exatamente para o domínio das terras devolutas, que, pertencendo à categoria dos bens públicos, tinham tido sobre si, anteriormente, uma longa suspeita de *imprescritibilidade*?

A expressão usucapião especial tornou-se muito mais adequada, depois que o substitutivo do Congresso Nacional alargou o seu âmbito de incidência até as terras particulares.

Na verdade, estritamente falando, somente a estas se adapta a noção tradicional romana.

Daí por que não haveria reparos a fazer, por exemplo, relativamente ao novo artigo 1.159 (bis) do Código Civil Italiano, introduzido pela redação do artigo 1º, da lei de 10 de maio de 1976, nestes termos:

"Art. 1.159 (bis) — Usucapião especial para a pequena propriedade rural — A propriedade dos fundos rústicos "con annessi fabbricati", situados em comunas classificadas "montani" pela lei, adquire-se em virtude da posse continuada por 15 anos.

Aquele que adquire de boa fé, de quem não é proprietário, por força de um título que seja idôneo a transferir a propriedade e que seja devidamente transcrito, um fundo rústico com "annessi fabbricati", situado em comunas classificadas "montani" pela lei, cumpre a usucapião em seu favor pela decurso de 5 anos, a partir da data da transcrição."

(24) V. nota n.º 6.

Como se vê, neste texto, nada há de semelhante à prescritibilidade dos bens públicos.

Já a opção do legislador brasileiro pela usucapião é constrangedora, sob muitos pontos de vista.

Por um lado, faz evoluir, sem dúvida, a figura da usucapião, mas bem diferentemente, por exemplo, daquela realizada na Itália, como acabamos de ver.

É que o instituto pré-clássico que Justiniano fundira com uma instituição do **ius gentium**, a **prescrição**, no Brasil, será também justaposto a uma outra figura, também do **ius gentium**, que é a **occupatio**.

E a usucapião “especial” disto resultante será uma autêntica **descharacterização** do instituto original, tanto quanto da própria **praescriptio**.

Porque seu campo de incidência é não apenas as terras particulares, mas também as terras devolutas, que são do domínio público.

E, tanto no direito clássico, quanto no justiniano, havia limitações, que protegiam as terras públicas, principalmente em benefício do fisco, a quem pertenciam todos os bens vacantes.

Além disso, tanto a **usucapio** quanto a **praescriptio**, nas suas várias formas, normalmente exigiam a **fides**, que a nossa lei deixa claramente de lado, assim como o justo título.

Dos elementos tradicionais do instituto, só restaram a posse **animo domini** e o requisito de ordem temporal, que passou a ser de 5 anos.

E isto basta para demonstrar que houve uma evolução descaracterizadora do conceito primitivo que, aparentemente, se quis imitar.

2.1. Mas, além de descaracterizadora, a introdução **in casu** da usucapião é prejudicial aos ocupantes de glebas rústicas porque exige deles a posse **animo domini**, a intenção de possuir a coisa como sua.

Seria plausível admitir esta atitude psicológica da parte de um ocupante de terras devolutas que sabe, como todo o mundo, estar-se instalando em terras públicas, que não são propriedade de nenhum particular, que as tivesse abandonado?

E então perguntamos:

Será que introduzindo o conceito de “possuir como seu” a nova lei contribui, como disse MIGUEL REALE, para destruir, um a um, todos os obstáculos que emperravam a antiga ação de usucapião?

Não teria o possessor interessado em usucapir de mostrar a realização de atos possessórios, tais como os enumera o Professor CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (25), a saber: cultivo do terreno, presença no imóvel, conservação da coisa, pagamento de tributos, manutenção de tapumes, defesa contra vias de fato de terceiros e outros?

Acaso não lhe seria necessário provar, como relembra o Ministro MOREIRA ALVES (26) a **possessio civilis**, não lhe bastando simplesmente a mera detenção ou a posse **ad interdicta**?

Concordamos com PAULO TORMINN BORGES (27) em que **ocupar** é de sentido muito mais amplo que ter posse: "A ocupação é um fato material que, para surtir os efeitos previstos nos textos legais anteriores, prescindia do **animus domini**, essencial à usucapião ordinária e à usucapião extraordinária." Coerentemente, ainda afirma o autor que, se a antiga usucapião especial não exigia o **animus domini**, isto é, a posse de quem tem a coisa para si, como dono, era porque tal elemento era substituído por outros mais pertinentes, como: morada, trabalho, produtividade.

Não vemos, pois, por que a nova lei veio introduzir, agora, na usucapião especial, o **animus domini**, que tanto dificulta a situação do possessor frente ao juiz exigente.

2.2. Além disso, a Lei nº 6.969/81, ao referir-se à usucapião, rompe com o nosso passado luso-brasileiro, vez que não se pode negar o que já se disse: "a história territorial do Brasil começa em Portugal" (28).

Chegamos mesmo a pensar que o instituto da ocupação de terras improdutivas é muito mais germânico ou visigótico do que propriamente romano, tendo em vista a época de que dele se tem notícia, em Portugal.

Segundo os historiadores do direito, o tratamento da propriedade imóvel recebeu entre os germanos solução diversa daquela acolhida entre os romanos. E, se a propriedade das terras cultiváveis pertencia, em rodízio, às famílias da comunidade, permanecendo as incultiváveis como pastagens e campos de utilização comum, não é menos verdade que qualquer particular que com o seu trabalho e esforço conseguisse desbravar terras improveitadas, **pela ocupação**, adquiria a propriedade individual delas.

Este costume imemorial parece nada ter a ver com os romanos. RUI CIRNE LIMA (29) relata como ele passou de costume comunal a instituição

(25) SILVA PEREIRA, C. M. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1970, vol. IV, p. 115.

(26) MOREIRA ALVES, J. C. *Direito Romano*. Rio, Forense, 1978, vol. I, p. 427.

(27) TORMINN BORGES, P. *O Imóvel Rural e seus Problemas Jurídicos*. São Paulo, Pró-Livro, 1976, pp. 23-24.

(28) *Op. cit.*, nota n.º 9, p. 11.

(29) *Idem*, p. 12.

régia, cuja evolução conduziu às concessões de domínio. Os terrenos baldios e maninhos comunais, El Rei podia dá-los de sesmaria pelo princípio genérico de que "proveito commum geral he de todos haver na terra abastança de pão e dos outros frutos".

Assim é que, segundo o mesmo autor⁽³⁰⁾, a crônica de DUARTE NUNES DE LEÃO relata que "o Rei D. Fernando de Portugal decretou leis muito úteis à República e ao seu tempo mui necessárias, em razão da crise de trigo, cevada e mantimentos por falta de ordem e polícia naquele reino". Obrigou por elas a todos que tivessem terras a cultivá-las, ou por si próprios ou por lavradores de sua escolha, de "maneira que todas herdades que eram para dar pão, todas fossem de trigo, cevada e milho". Que fosse dado tempo conveniente aos que houvessem de lavrar para começarem a aproveitar as terras, sob certas penas. E que "quando os donos das herdades as não aproveitassem ou dessem a aproveitar, que as justiças as dessem a quem as lavrasse por certa cousa, a qual sem dono não houvesse, mas fosse despesa em proveito comum do lugar, onde a herdade estivesse". E, atentando contra a liberdade individual, ordenava D. Fernando que "todos os que eram ou costumavam ser lavradores, assim como seus filhos e netos que estivessem a se ocupar de outros officios menos proveitosos para o bem comum, fossem constrangidos a lavrar".

RUI CIRNE LIMA comenta esta medida:

"A lei de D. Fernando, posto valendo-se dos recursos técnico-jurídicos da época, algo rudes e excessivos, em matéria de polícia, é, não obstante, um verdadeiro monumento de administração previdente e avisada"⁽³¹⁾. "Tratava-se de promover o soerguimento da lavoura, já oferecendo braços aos que tivessem terras, já oferecendo terras aos que as quisessem lavrar."

Depois disso, as novas descobertas portuguesas e o crescente abandono das terras aguçaram o problema agrário em Portugal, quando, segundo COELHO DA ROCHA⁽³²⁾, "as longas e perigosas viagens, a guerra e a colonização despovoaram o reino e abriram um vazio que as riquezas não podiam encher".

É, sem dúvida, desta época posterior a influência direta e crescente da Constituição XI, **de omni agro deserto**, cujas disposições encontravam ressonância na situação geral dos domínios agrícolas portugueses. CIRNE LIMA⁽³³⁾ revela-nos como, a partir daí, datarão as afinidades da legislação das sesmarias com a "de omni agro deserto", que LOBÃO anotou, fazendo

(30) *Idem*, p. 13.

(31) *Idem*, p. 14.

(32) Apud CIRNE LIMA, *op. cit.*, p. 19.

(33) *Idem*, p. 21.

um paralelo entre uma lei de D. João II e a Constituição romana do IV século. Esta legislação nova, que se forma influenciada pelo direito romano, "sob o prestígio das idéias de liberdade, visa mais o povoamento do que a agricultura, mas não obstante conserva o nome e a tradição da velha lei de D. Fernando".

É bem verdade, e isto afirma-nos TEIXEIRA DE FREITAS, que a legislação de sesmarias de Portugal não teve aplicação no Brasil. Mas, não é menos certo que o sistema instituído para o Brasil, e vigente até 1822, era tão burocratizado e de difícil acesso, que os indivíduos continuaram a viver um costume jurídico ancestral, ocupando terras incultas, que tornavam produtivas, sabendo que à propriedade delas não tinham nenhum outro título jurídico, senão esta posse-trabalho, que, na mentalidade da época, era criadora do direito de propriedade.

E a lei de 1850, que citamos, vai alterar a legitimidade deste costume para o futuro, embora consolidando os seus efeitos produzidos, no passado.

2.3. Enfim, se a Lei nº 6.969/81 veio, claramente, introduzir, no direito positivo brasileiro, a figura da usucapião incidente sobre as terras devolutas, ela nada mais faz do que perfazer uma evolução, que já vinha se esboçando e foi, magistralmente, traçada por RUI CIRNE LIMA, no seu pequeno grande livro sobre a história territorial do Brasil.

Ao utilizar um instituto do direito privado (a usucapião) para reger o problema da apropriação das terras devolutas, outrora regulamentado por normas de direito público, quis o autor do projeto de lei do Governo "privatizar" o regime jurídico da alienação dos bens públicos.

O fato representa, uma vez mais, a vitória da tese de AZEVEDO MARQUES que, de longa data, advogava a prescritibilidade das terras devolutas em geral, sem qualquer distinção, bem como o tratamento delas de maneira totalmente privatística.

CIRNE LIMA assim comentava à página final⁽³⁴⁾ de seu livro citado, escrito em 1953:

"Está vitorioso, por conseguinte, o ponto de vista de AZEVEDO MARQUES.

Uma só discrepância: — a da imprescritibilidade das terras devolutas, de vez que, pelo aludido decreto⁽³⁵⁾ se interpreta o

(34) *Idem*, p. 110.

(35) Decreto n.º 19.924, de 27 de abril de 1931.

artigo 67 do Código Civil, de modo a excluir expressamente a usucapião delas (256) (36).

Vimos, assim, evoluindo nesta matéria, do regime do direito administrativo para o âmbito do direito privado; da esfera de atividade do poder público, para o campo de ação do fisco.

Foi essa uma página nova que se abriu no capítulo das terras devolutas.

O seu inteiro teor, somente o futuro revelará, embora, decorridos mais de vinte anos do Decreto nº 19.924, de 27 de abril de 1931, a **nova página** pareça já destinada a não ser preenchida, permanecendo, antes como fecho, **não de todo imprevisto**, da história territorial do país."

Em que pese ao brilho de seu raciocínio e a sua profunda erudição, não foi o insigne jurista um bom futurólogo.

A Lei nº 6.969/81 deu sim o toque final para privatizar de vez, como sempre desejara a escola paulista, a situação das terras devolutas em geral.

E se não o fez de maneira total, como pretendia o projeto do Governo, foi porque, no substitutivo do Congresso Nacional, admitiu-se que a ação de usucapião especial, relativa às terras devolutas em geral, pudesse ser também reconhecida administrativamente, com a conseqüente expedição do título definitivo de domínio para transcrição no registro de imóveis (37).

Ao final, se houve revanche total do **ius civile** sobre o **ius gentium**, com o predomínio da **usucapio** sobre a **occupatio**, aconteceu apenas uma meia vitória do direito privado sobre o direito público.

Mas, qualquer que seja ela, é fatal o paradoxo da conclusão: a peculiar evolução do Brasil, neste pormenor, deu-se pelo direito romano, ainda que contra o direito romano!

(36) Reproduzimos a nota nº 256 de CIRNE LIMA: (256) Única exceção a este princípio é a aberta pelo art. 125 da Constituição de 16 de julho de 1934, reproduzido pela Constituição de 10 de novembro de 1937 (art. 148) e, com alterações que lhe dilataram o alcance, pela Constituição de 18 de setembro de 1946 (art. 156, § 3.º).

(37) Art. 4.º, § 2.º, da Lei n.º 6.969/81: No caso de terras devolutas, em geral, a usucapião especial poderá ser reconhecida administrativamente, com a conseqüente expedição do título definitivo de domínio, para transcrição no Registro de Imóveis. V. também Decreto n.º 87.620, de 21 de setembro de 1982, que dispõe sobre o procedimento administrativo para o reconhecimento da aquisição, por usucapião especial, de imóveis rurais compreendidos em terras devolutas.