

Usucapião no Direito Romano

Fabíola Vianna Moraes

SUMÁRIO

Introdução

I

Usucapio no Direito pré-clássico

A Lei das XII Tábuas - conteúdo

II

Usucapio no Direito clássico

1. As pessoas que podem usucapir
2. As coisas susceptíveis de usucapião
3. A *iusta causa possidendi*
4. A *bona fides*
5. Excepções aos requisitos da justa causa e da boa fé:
 - A *usucapio pro herede*
 - As *usureptiones*
6. A *possessio*
 - A interrupção da posse (*usurpatio*)
 - A *successio possessionis*
 - A *accessio possessionis*
7. A *longi temporis praescriptio*

III

Usucapio no Direito Justinianeu

1. A *longi temporis praescriptio* como modo de aquisição da propriedade.
2. A *longissimi temporis praescriptio*

Conclusão

Bibliografia

Introdução¹

No Direito Romano toda e qualquer propriedade nasce mediante a estrada da posse, o exercício da posse, esse é um princípio que preside a todos os modos de aquisição da propriedade, sem exceção, vale dizer que a posse não é somente a sombra da propriedade mas é também a porta da propriedade.²

Na época clássica do Direito Romano, o usucapião era modo de adquirir a propriedade de uma coisa transferida por quem não era o seu dono³; modo de adquirir a propriedade da *res Mancipi* transferida por tradição quando a tradição não era a forma idónea de transferir a propriedade porque era prevista uma forma *iuris civilis* (*mancipatio* ou *in iure cessio*)⁴, e por último, como modo de facilitar a prova da propriedade regularmente adquirida, o usucapião era uma dispensa da *probatio diabolica*⁵ para uma aquisição dita

1 Propusemo-nos a estudar o usucapião no Direito Romano com a finalidade de melhor compreender o instituto no Direito vigente, sobretudo porque o passado, aqui, é na verdade a origem de tudo que se “criou”.

2 Conforme FABRINNI, Fabrizio, in *Novíssimo Digesto Italiano*, Vol. XX- UN-Z, V.T.E.T., 1957, *Usucapione Diritto Romano*, p. 282.

3 Ulp. in D., 50, 17,54: “*Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*” Tradução: “*Ulpiano; Comentarios al Edicto, libro XLVI. Nadie puede transferir á otro más derecho que él mismo tenga.*” (CORRAL, Garcia Del. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Tomo 3º, *Digesto*. Barcelona, 1897, p. 949). Isto é: Ninguém pode transferir a outrem mais direito do que tem.

4 A *mancipatio* foi durante muito tempo a forma mais característica e importante de transferir a propriedade da *res Mancipi*. Era negócio jurídico do *ius civile* e, portanto, só utilizável pelo cidadão romano e por quem gozasse do *ius commercii*. Um efeito particular da *mancipatio* era o nascimento da obrigação de garantia (*auctoritas*) para o *mancipio accipiens* contra a evicção. A *auctoritas* cessava com o decurso do tempo: dois anos (para os *fundus*) e um ano (para os *ceterae res*), tempo necessário para o *mancipio accipiens* adquirir a propriedade por usucapião.

A *in iure cessio* era um acto aparente formalmente processual (perante o Pretor) que se destinava à transferência do *dominium* da *res Mancipi* e *nec Mancipi*.

5 A *probatio diabolica* era a denominação dada pelos juristas medievais à difícil

derivada. No direito justinianeu, com o desaparecimento da *mancipatio* e da *in iure cessio*, resta como finalidade principal do usucapião a de transformar em proprietário aquele que adquiriu a coisa, de boa fé, de quem não era seu dono⁶.

Verifica-se que num e noutra casos o usucapião se destinava a promover a segurança, a certeza da propriedade, que era (e é) o direito real mais amplo. A acção do tempo visava sanar os vícios e defeitos dos modos de aquisição de sorte a evitar conflitos, divergências e mesmo dúvidas⁷.

Quanto à sua classificação entre modo de aquisição originária ou derivada, a romanística diverge⁸. “Como modo originário, sustenta-se que não há *voluntas* do anterior proprietário nem

prova de aquisição da propriedade, porque o proprietário teria de percorrer toda a cadeia constituída por aqueles de quem o seu direito derivava até chegar ao primeiro adquirente a título originário.

6 Conforme FABRINNI, *op. cit.*, p. 281, nota 3.

7 Orlando Gomes, ao tratar do fundamento do usucapião, apresenta-nos duas correntes: a subjectiva e a objectiva. A primeira procura fundamentar o usucapião na presunção de que há o ânimo da renúncia ao direito por parte do proprietário que não o exerce; a segunda fundamenta o 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. O autor adopta a segunda corrente pelas suas próprias razões e combate a primeira salientando que no mais das vezes não é intenção do proprietário abandonar a coisa. (GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. Actualizado por Humberto Theodoro Júnior).

Este assunto faz-nos lembrar das lições do Prof. Dr. Santos Justo que, nas suas aulas do Mestrado 2001/2002, baseado no Direito Romano, diz que não é verdade que “quem cala, consente”; “quem cala, parece que consente”.

Assim, parece estar com a razão a segunda corrente, mesmo porque em se tratando de um direito fundamental como a propriedade entendemos que não há espaço para renúncia tácita. Ihering já dizia que a propriedade é uma extensão do direito da personalidade. (IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. Trad. João de Vasconcelos).

8 Nesse assunto, também não é pacífica a doutrina civilística dos dias actuais. As razões que fundamentam cada uma das correntes são as mesmas encontradas na doutrina romanística.

alienação; o direito do novo proprietário é adquirido com base numa relação com a *res*; e o novo *dominus* só precisa de provar a *usucapio*. A favor da aquisição derivada, afirma-se que nem todos os modos derivados de aquisição pressupõem uma alienação (uma transmissão voluntária do domínio); há uma sucessão cronológica e imediata – a *res* muda de proprietário no momento em que a *usucapio* se verifica-; a propriedade do usucapiente está sujeita aos mesmos limites (mantêm-se o usufruto, o *pignus* e as hipotecas; subsistem as servidões; e as proibições de alienar impedem a *usucapio*); na aquiescência do antigo proprietário poder-se-á presumir a renúncia; e os Romanos incluíram a *usucapio* entre os modos de alienação, ao lado da *mancipatio*, da *in iure cessio* e da *traditio*.⁹

No que tange aos requisitos do usucapião, devemos esclarecer que o usucapião sofreu variações ao longo da história do direito romano. Inicialmente dispensava os requisitos da boa fé e do justo título: O usucapião era um dos meios para facilitar a concentração da riqueza nas mãos da aristocracia romana na sua luta contra o povo e os estrangeiros¹⁰.

9 JUSTO, António Santos. Direito Privado Romano- III (Direitos Reais). Coimbra: B.F.D, 1997, p. 73. Entretanto, devemos ressaltar que o autor ensina que “É certo que o direito do proprietário anterior se extinguiu ou ficou limitado em virtude da aquisição, por *usucapio*, do direito do usucapiente. Porém, este não foi adquirido por causa, mas apesar daquele direito e, por isso, podemos considerar a *usucapio* um dos modos de aquisição originária.” (*Op. cit.*, p. 73-4).

10 Explica Marijan Horvat que “La société romaine au temps de la décomposition de l’organisation gentilice et de la formation d’une société différenciée par la richesse – dont nous avons la preuve dans la constitution servienne- n’était plus une idylle démocratique des membres égaux, mais plutôt une lutte de l’aristocratie romaine contre le petit peuple et les étrangers. La propriété foncière et celle des autres richesses se concentraient en ce temps dans les mains d’une jeune classe dirigeante. Dans de telles conditions sociales e économiques, l’*usucapio* était un des moyens pour faciliter cette concentration. Par un court délai de la possession de fait, sans égard au mode d’appropriation, sans titre ni *bona fides*, on acquiert une autorité, une protection légale, puis une puissance de droit qui était défendue par la juridiction de la classe dirigeante contre les prétentions et revendications des tiers. Dans ces

Posteriormente, o justo título e a boa fé passaram a ser requisitos do usucapião meio de dificultar a aquisição da propriedade por terceiros e por conseguinte a perda da propriedade da classe dirigente que já concentrava as grandes riquezas, bem como foi proibido o usucapião de coisas roubadas e de coisas tomadas por violência.¹¹ Ou seja, o usucapião que outrora era uma arma ofensiva nas mãos da classe dirigente tornou-se-lhe uma arma defensiva¹².

Mais recentemente o Direito Brasileiro (e também o Direito Português) contempla (m) o usucapião nos dois modelos mencionados, ou seja, com ou sem justo título e boa fé, de forma que, genericamente, o usucapião pode ser definido como “um modo pelo qual a propriedade é adquirida mediante a posse legalmente justificada e continuada e durante um período de tempo legal”¹³.

luttés après internes et externes, les propriétaires ne pouvaient toujours prouver aisément le titre de leur appropriation. (*Réflexions sur l'usucapion et l'auctoritas*, in *Révue Internationale des Droits de l'Antiquité* 3, 8 ème série, 1956, p. 301).

11 *Op. cit.*, p. 302. Explica o autor que “A la fin de la République et à époque de l'Empire au contraire, les principales richesses foncières et autres étaient déjà concentrées dans les mains de la classe dirigeante, dans les mains des grands propriétaires. L'*usucapio*, comme sanction des appropriations illégitimes et irrégulières, perd sa valeur d'autrefois. Les conditions de l'*usucapio* seront maintenant plus difficiles, dans l'intérêt des grands propriétaires, pour rendre plus difficile la prise de leur propriété, de leurs terres lointaines par des tierces personnes. A côté de l'interdiction d'usucaper les choses volées et les choses prises par violence, on exige maintenant la *justa causa* et la *bona fides* pour la *possessio ad usucapionem*. Par cette aggravation on défendait la propriété déjà stabilisée contre les attaques par prise de possession . »

12 *Op. cit.*, p. 302.

13 BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di Diritto Romano*. Istituto dei Diritto Romano della Università di Roma, decima edizione, 1934, p. 282.

Conforme D, XLI, 3, 3, *in verbis*: “*Usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti*”. Tradução: “*La usucapion es la agregación del dominio mediante la continuación de la posesión por el tiempo determinado en la ley*” (CORRAL, Garcia Del. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, *op. cit.*, p. 336). Isto é: A usucapião é a agregação do domínio mediante a continuação da posse pelo

I – Usucapio no Direito pré-clássico

A Lei das XII Tábuas- conteúdo

Segundo a doutrina romanística, o usucapião é um instituto antiquíssimo, anterior à Lei da XII Tábuas que a ele alude ao estabelecer: “*Usus auctoritas fundi biennium est, ceterarum rerum omnium annuus est usus.*”¹⁴.

Ensina o Prof. Dr. Santos Justo que “segundo esta regra, a garantia que o alienante prestava ao adquirente era de dois anos nos *fundi* e de um ano nas restantes *res*. Decorridos estes prazos, a propriedade era atribuída, em virtude do *usus*, ao adquirente e cessava a garantia prestada pelo alienante. Quanto aos estrangeiros (*hostes*), a Lei da XII Tábuas estabelecia: “*adversus hostem aeterna auctoritas*” (a garantia, que o alienante oferecia, devia ser perpétua o que significa a exclusão da *usucapio*).”¹⁵

tempo determinado na lei. A definição é de Modestino. Porém, na jurisprudência clássica encontra-se outra definição, a de Ulpiano, segundo o qual, “*Usucapio est dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii.*” (Ulp. Reg., 19, 8, referido por FABRINNI, *op. cit.*, p. 281).

De facto, a palavra usucapião decompõe-se em *usus* que significa uso, mas na acepção de posse (uso é o termo arcaico de posse), e *capere* que significa tomar, ou seja, tomar pela posse.

14 ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 12ªed., v. I, p. 311.

15 JUSTO, A. Santos, *op. cit.*, p. 74, nota 7.

Auctoritas era uma forma de garantia prestada pelo alienante ao adquirente, na *mancipatio* (modo derivado de adquirir a propriedade) contra a evicção. O alienante transmitia ao adquirente a posse (*usus*) da coisa e garantia-lhe contra a evicção durante o prazo de um ano se a coisa fosse móvel e de dois anos se a coisa fosse imóvel, findos quais adquiria-se a propriedade por usucapião. Essa garantia contra a evicção justificava-se porque não havia nenhuma certeza de que aquele que alienava a coisa era seu verdadeiro proprietário. (Aliás, o usucapião tinha por escopo mesmo conferir segurança em matéria de propriedade). Assim, era o alienante obri-

Relata também a doutrina romanística que embora a Lei das XII Tábuas não tenha referido expressamente, não podiam ser adquiridas por usucapião as *res* insusceptíveis de propriedade privada, como as *res extra commercium*, a que se juntaram, mais tarde, os *fundi* provinciais. Provavelmente terão sido igualmente excluídas as seguintes *res*: o *iter limitare* dos fundi, o vestíbulo dos sepulcros (*forum*), a urna (*bustum*) com as cinzas, as *res Mancipi* alienadas pela *uxor* sem a *auctoritas* do tutor legítimo, as *res furtivae* e as *res vi possessae*¹⁶.

II – Usucapio no Direito clássico

1. As pessoas que podiam usucapir

Na época clássica somente o cidadão romano podia adquirir a propriedade por usucapião, porque era um instituo do *ius civile*, mas não só. O usucapião, como modo de alienação (assim considerado pelos romanos¹⁷),

gado a pagar ao adquirente o dobro do preço pago pela coisa se o adquirente perdesse a coisa em virtude de uma acção (acção de reivindicação) intentada contra si pelo verdadeiro proprietário da coisa. O usucapião tinha, então, a função de dar certeza jurídica, segurança, às relações jurídicas.

Importante esclarecer que o usucapião na época pré-clássica era exclusivamente quiritário (Conforme JUSTO, A. Santos, *op. cit.*, p. 74). A propriedade quiritária é aquela disciplinada pelo *ius civile*, à qual se opõe a propriedade bonitária ou propriedade pretoriana. Como nos ensina o Prof. Dr. Santos Justo, nas aulas proferidas no curso de Mestrado ano 2001/2002, o Direito Romano é constituído pelo *ius civile* e pelo *ius praetorium*.

16 Conforme JUSTO, A. Santos, *op. cit.*, p. 74-5. Esclarece o autor que em relação a *res furtivae*, esta impossibilidade foi, depois, afirmada por uma *lex Atinia*, provavelmente do ano 197 a. C. E, quanto a *res vi possessae*, foi reafirmada por uma *lex Plautia de vi* (entre os anos 78-63 a.C.9 e por uma *lex Iulia de vi* de Júlio César ou de Augusto.(nota 11).

Res vs possessae significa que a posse devia ser adquirida sem lesão ao direito de outrem, ou seja, *nec vi*. Também não podia ser clandestina nem precária (*nec clam nec precario*). (Conforme BONFANTE, Pietro, *op. cit.*, p. 284).

17 V.supra.

submetia-se às regras gerais que presidem as alienações no Direito Romano.¹⁸

Assim, podiam usucapir apenas: o *paterfamilias*¹⁹; o *filiusfamilias miles*²⁰, o militar, as coisas adquiridas nos acampamentos por militares²¹; o *pupillus*, se tivesse começado a posse sob a autoridade do tutor, ou se, na falta de tal requisito, tivesse, todavia, o *animus possidendi*²²; o *furiosus*, se o início da posse se deu antes de sua loucura e se durante a insanidade não houve modificação na causa *usucapionis*²³.

2. As coisas susceptíveis de usucapião.

Somente eram susceptíveis de usucapião a *res corpórea* e não *extra commercium*.²⁴ Eram insusceptíveis de usucapião: “as *res furtivae*²⁵; as *res vi possessae*; as coisas insusceptíveis de posse; as coisas doadas a magistrados nas províncias em que exerciam suas funções; as *res mancipi* alienadas por mulher sob a tutela legítima, sem *auctoritas tutoris*; as coisas do Estado, do príncipe, da Igreja e das obras pias; as coisas do menor e do ausente; as coisas alienadas pelo possuidor de má fé; as coisas a respeito das quais havia proibição de alienar”²⁶.

18 Conforme FABRINNI, *op. cit.*, p. 285.

19 D, 41, 3, 4, 1.

20 Idem.

21 Idem.

22 D, 41, 3, 4, 2.

23 D, 41, 3, 4, 3.

24 Conforme JUSTO, A Santos, *op. cit.*, p. 80.

25 Em relação a esta, admitia-se usucapião quando houvesse a reversão do domínio (D, 41, 3, 32). Significa dizer que se a *res furtivae* retornasse à posse do legítimo proprietário, sanava-se o vício da furtividade e a coisa voltava a ser usucapível. (Cfr. FRANCIOSI, Gennaro. *Corso Istituzionale di Diritto Romano*. Torino: G. Giappichelli. Terza edizione, p. 299).

26 Conforme ALVES, J.C. Moreira, *op. cit.*, p. 313.

3. *A Justa causa possidendi*

A justa causa, na época clássica, era a relação negocial (entre o adquirente e o possuidor anterior) ou uma disposição judicial ou administrativa que justificasse a *possessionem ad usucapionem*.

De facto, a justa causa, no período clássico, tem o escopo de afastar a lesão do antigo possuidor e por conseguinte a posse do novo possuidor não será nem violenta, nem clandestina, nem precária.

Iustae causae, cujo conteúdo é uma relação negocial:

Pro emptore- Verificava-se quando ao comprador era atribuída a posse da coisa sem a transferência da propriedade, seja porque o negócio jurídico não era hábil à transferência da propriedade (em vez de celebrar uma *mancipatio* ou *in iure cessio*, vendia-se por tradição), seja porque a coisa era alienada por quem não era seu dono. Em ambos os casos, a compra e venda constituía título idóneo para o início da posse.²⁷

Pro donato- Como a transferência da propriedade de uma *res mancipi* só ocorria quando celebrada uma *mancipatio* ou *in iure cessio*, a doação realizada por *traditio* não transferia a propriedade, apenas a posse, todavia representava título hábil para iniciar a posse para fins de usucapião. Importante notar neste assunto que a doação entre cônjuges era nula, então, a aquisição da propriedade por usucapião, neste caso, era impossível, por faltar justa causa²⁸.

Pro suo- Refere-se às relações jurídicas que não tinham uma denominação específica mas constituíam igualmente título idóneo (porque afastavam igualmente qualquer lesão) para o início da posse *ad usucapionem*.

²⁷ Cfr. D, 41, 3, 48.

²⁸ Cfr. JUSTO, A Santos. *op. cit.*, p. 76.

Pro soluto- Como salienta o Prof. Dr. Santos Justo, “não obstante as fontes não mencionarem expressamente, a doutrina admite esta justa causa que se verificaria v.g., nos casos de cumprimento de *legatum per damnationem* e de promessa de doação ou de dote, cujo objecto fosse a transferência da propriedade de uma res. Se este negócio fosse inválido ou a *res* alheia, o adquirente, que somente tinha a *possessio*, podia usucapir *pro soluto*.”²⁹

Justa causa cujo conteúdo é uma disposição judicial ou administrativa:

Antes de mais deve-se esclarecer que o *ius praetorium* não tinha o condão de transferir o domínio da coisa, contudo as disposições pretorianas constituíam justa causa para o exercício da posse que iria gerar o usucapião.

Assim, são justa causa: O *decretum* do pretor que outorga a *bonorum possessio* dos bens do *de cuius* a quem o *ius civile* não considerava herdeiro; a *missio in possessionem ex secundo decreto*, segundo a qual o vizinho ameaçado pelo prédio em ruínas passava a exercer a posse da *res ruinosa* quando o proprietário não fizesse os devidos reparos; a *bonorum emptio*, através da qual o magistrado adjudicava os bens do devedor executado.

Ainda sobre a justa causa, relata Moreira Alves que havia discussão entre os juristas clássicos no que tange à necessidade ou não de ser a justa causa real ou se bastava a crença do possuidor que ela existia (justa causa putativa)³⁰.

29 Idem.

30 ALVES, J.C. Moreira, *op. cit.*, p. 313.

4. *A bona fides*

A boa fé é a convicção, da parte do adquirente, da propriedade do alienante, pode referir-se à convicção da capacidade de agir do sujeito incapaz, ou à qualidade de tutor daquele que se apresenta como tal, ou ainda à existência de um negócio válido³¹.

Entretanto, assim como a justa causa, a boa fé também assume o importante e principal papel de afastar a lesão ao direito alheio. Desta forma, significa a convicção por parte do possuidor, no início da posse, de que a sua posse não lesa direito alheio. Pouco importava que no decurso da posse o possuidor estivesse de má fé porque o Direito Romano continha uma regra segundo a qual “a má fé superveniente não impede a aquisição por usucapião”^{32 33}.

5. Exceções aos requisitos da justa causa e da boa fé³⁴:

A usucapio pro herede.

A *usucapio pro herede* significava o usucapião, ao fim de um ano (porque a *possessio* incidia sobre a *hereditas* que

31 Conforme MASI, Antonio. “*Bona fides e usucapione*”. In LABEO 14, 1968, p. 317- 327.

Sustenta-se ainda que não é necessário um convencimento positivo do adquirente em relação à existência de determinados pressupostos de aquisição da propriedade, basta a simples ignorância da parte do adquirente de quais vícios impedem-lhe a imediata aquisição da propriedade.

32 “*Mala fides superveniens non nocet*” (D., 41, 1, 48 ; 41, 10, 4), in Novíssimo Digesto Italiano, *op. cit.*, p. 288, nota 6.

33 Entretanto, em relação ao contrato de compra e venda, os proculianos exigiam a boa fé no momento da conclusão do contrato e os sabinianos, no da entrega da coisa. (Cfr. SANTOS JUSTO, *op. cit.*, p. 87, nota 36).

34 Além dos casos excepcionais tratados aqui, há outros que a doutrina romanística menciona: a *usucapio* das *res mancipi* alienadas por uma mulher sem a *auctoritas* do tutor; das *res* doadas contra a *lex Cincia*, e quando o *servus* foi concedido *noxaliter* por quem não era *dominus*. Entretanto, preferimos dar destaque apenas àqueles dois porque parecem ser os de maior relevância jurídica.

pertencia às *ceterae res*³⁵), a favor de quem se apossasse da herança antes da aceitação da mesma por parte de um herdeiro. Todavia, mister ressaltar que a *usucapio pro herede* não operava perante os herdeiros necessários porque estes já adquiriam *ipso iure* a propriedade e a posse da *hereditas* no momento da morte do *de cuius*³⁶.

Essa espécie de usucapião dispensava os requisitos da justa causa e da boa fé. Sua razão de ser era constranger os herdeiros a aceitar a herança para poder concluir os *sacra*, considerados na época arcaica o dever essencial do herdeiro³⁷.

Apesar de nessa espécie de usucapião não haver qualquer lesão à posse de ninguém³⁸, foi considerada pelos juristas *improba usucapio* ou *lucrativa usucapio*³⁹ e a jurisprudência procurou restringir a sua aplicação de modo a impedir a *usucapio pro herede* a quem recebera do *de cuius res* a outro título, v.g., de comodato ou depósito. Mais tarde tornou-se crime apoderar-se da *res hereditariae* e a *usucapio* só era possível no caso de haver boa fé^{40 41}.

35 Cfr. JUSTO, A Santos, *op.cit.*, p. 78.

36 Idem.

37 FABRINNI, *op. cit.*, p.284.

O Prof. Dr. Santos Justo diz que esta *usucapio* procurou evitar que os *sacra privata* não ficassem desertos por motivo religioso (idolatrar os deuses) e proteger os credores evitando dificuldades causadas pela demora e pelo desinteresse de o *heres* (voluntário) aceitar a *hereditas*. (*Op. cit.*, p.78).

38 BONFANTE, Pietro, *op.cit.*, p. 285.

39 Novíssimo Digesto Italiano, *op. cit.*, p. 284.

40 Cfr. JUSTO, A Santos, *op. cit.*, p. 78.

41 Entre os diversos motivos do declínio do *usucapio generalis pro herede* mencionam-se os novos meios destinados a dissimular a jacência da herança, o desuso dos *sacra* e a introdução da responsabilidade patrimonial. (DÉNOYEZ, Joseph – num breve relato sobre a obra de Gennaro Franciosi sobre *Usucapio pro herede. Contributo allo studio dell'antica hereditas*, Napoli, Jovene, 1965- in *Révue Historique de Droit Français et étranger*, 4e. Série, 45, 1967, p. 309).

As usureptiones.

Constituíam um modo de recuperar, através do usucapião, uma coisa já alienada. Dentre outras espécies, destacamos: *A usu receptio fiduciae causa* e a *usu receptio ex praediatura*.

A primeira verificava-se quando a *res* era mancipada com um *pactum fiduciae* ao credor para garantir uma obrigação. Como a transmissão do domínio não era, em regra, acompanhada da transferência da posse, o possuidor readquiria, após a satisfação da dívida, a propriedade mediante a *usureceptio*. Esse instituto dispensava, portanto, uma *rimancipatio* ou outro acto de retrocessão para fins de retomada do domínio⁴².

A segunda, num caso de *praediatura*, isto é, de uma garantia real prestada ao Estado no caso de empreitada pública⁴³. O devedor, que conservasse a sua *possessio* durante dois anos readquiria a propriedade em prejuízo do comprador (*praediator*)⁴⁴.

6. A *possessio*

A posse devia ser contínua e durante dois anos para os fundi e um ano para as *ceterae res*⁴⁵. O tempo não era computado de momento a momento, porém, incluía-se todo o último dia da posse⁴⁶.

42 Cfr. salienta JUSTO, A Santos. *Op. cit.*, p. 79.

43 FABRINNI, in Novíssimo Digesto Italiano, *op. cit.*, p. 285.

44 JUSTO, A Santos. *Op. cit.*, p. 79.

45 O tempo é o mesmo previsto na Lei das XII Tábuas.

46 D., 41, 3, 6 e 7 (*In Cuerpo...*, *op. cit.*, p. 339).

Interrupção da posse (*usurpatio*)

Com a interrupção da posse o usucapião morria, significa dizer que para aquisição da propriedade por usucapião o tempo deveria ser contado novamente e os demais requisitos preenchidos de novo.⁴⁷

A interrupção pode ser natural ou civil. É natural quando o possuidor perde a posse da coisa em virtude de um acto violento ou furto de outrem⁴⁸. É civil quando a interrupção ocorria em virtude de uma demanda judicial exercida contra o possuidor. Segundo alguns autores, na época clássica, a *litis contestatio* não interrompia a *usucapio*⁴⁹, entretanto há quem entenda o contrário, aplicando-se os princípios da *longi temporis praescriptio*⁵⁰.

47 FABRINNI, *op. cit.*, p. 288.

48 D., 41, 3, 5: “*Naturaliter interrumpitur possessio, quum quis de possessione vi deiicitur, vel alicui res eripitur, quo casu non adversus eum tantum, qui eripit, interrumpitur possessio, sed adversus omnes; nec eo casu quidquam interest, is, qui usurpaverit, dominus sit, nec ne; ac ne illud quidem interest, pro suo quisque possideat, na ex lucrativa causa.*” Tradução: “*La posesión se interrumpe naturalmente, cuando alguno es echado de la posesión á la fuerza, ò quando á alguno se le arrebatada una cosa; en cuyo caso se interrumpe la posesión no solamente contra el que arrebatada la cosa, sino contra todos; y en este caso no importa nada que el que haya usurpado sea, ó no, el dueño; y tampoco importa ciertamente que uno posea la cosa como suya, ó por causa lucrativa.*” (CORRAL, Garcia Del. Cuerpo del Derecho Civil Romano, *op. cit.*, p. 339). Isto é: A posse se interrompe naturalmente quando se perde a coisa em virtude de ato violento ou arrebatador de outrem, neste caso a posse se interrompe não somente contra aquele que arrebatada a coisa como contra todos, e neste caso não importa que o que tenha usurpado seja ou não o dono da coisa e tampouco importa certamente que alguém possua a coisa como sua ou por causa lucrativa.

49 Porém, se a *usucapio* se tivesse concluído entre a instauração da *lis* e a sentença, o demandado vencido seria obrigado a restituir a *res*, porque a sentença se referia ao momento da *litis contestatio*; se a sentença não fosse favorável ao demandante, a *usucapio* consumada tornar-se-ia eficaz. (Santos JUSTO, *op. cit.*, p. 83, nota 6).

50 Conforme JUSTO, A. Santos, *op. cit.*, p. 83. V. também FABRINNI, *op. cit.*, p. 288.

Successio possessionis

Verificava-se no caso de sucessão a título universal. A posse do falecido somava-se à posse do seu sucessor universal, as duas pessoas eram consideradas como uma só, de sorte que se o sucessor estivesse de má fé, isto não tinha qualquer relevância uma vez que a posse deste era inseparável da do seu antecessor⁵¹.

Accessio possessionis

Ocorria na sucessão a título particular, especificamente nas relações entre compradores e vendedores⁵². Neste caso as duas posses são distintas, por conseguinte, deviam-se observar novamente os requisitos da boa fé e do título na posse do sucessor⁵³. Contudo, não havia interrupção da posse, o tempo de uma era somado ao da outra⁵⁴.

7. *A longi temporis praescriptio*

O usucapião, na época clássica, era apenas aplicável a *res* susceptíveis de propriedade quiritária. Em razão disso ficavam de fora os *fundi* provinciais não contemplados com o *ius italicum*⁵⁵.

51 Idem, p. 289.

Também não é necessário que o herdeiro tenha a efectiva posse da coisa em virtude da seguinte regra: “*Coepitam usucapionem a defuncto posse et ante aditam hereditatem impleri, constitutum est.*” Tradução: “*Se estableció, que aun antes adida la herencia se podía completar la usucapión comenzada por el difunto.*” (CORRAL, García Del. Cuerpo del Derecho Civil Romano, *op. cit.*, p. 347). Isto é: Antes de aceita a herança se pode completar a usucapião começada pelo difunto.

52 Cfr. SANTOS JUSTO, *op. cit.*, p. 84.

53 FABRINI, *op. cit.*, p. 289.

54 Como salienta o Prof. Dr. Santos Justo, trata-se da conjugação de duas *possessiones*. (*Op. cit.*, p. 84).

0 JUSTO, A Santos, *op. cit.*, p. 80. Ademais, acrescenta o autor como uma das deficiências da *usucapio*, o tempo, que era muito reduzido.

Para resolver a situação criou-se o instituto do *praescriptio longi temporis* que se destinava a transmitir certeza jurídica a quem possuísse um *fundus* durante largo tempo. Posteriormente foi estendido a *res* móveis. Contemplava apenas os estrangeiros, visto que os *cives Romani* gozavam do usucapião salvo quando tivessem a *usucapio* excluída, por exemplo, por ser a *res* furtiva⁵⁶.

Entretanto, este instituto, ao contrário do usucapião, não constituía um modo de aquisição da propriedade, tão só penalizava o proprietário com a perda do direito se não o exercesse durante um determinado tempo. Assim, quem possuísse um *fundus* provincial, com justa causa e sem oposição do dono durante 10 ou 20 anos (consoante este habitasse ou não o mesmo município) podia paralisar a *actio* do proprietário que reivindicasse a coisa utilizando uma *exceptio* para invocar a *praescriptio*.

Diferentemente da *usucapio*, a *praescriptio longi temporis* não se fundamenta na posse, mas na inacção, na tolerância⁵⁷.

III – Usucapio no Direito Justinianeu⁵⁸

1. A *longi temporis praescriptio* como modo de aquisição da propriedade

Antes mesmo de Justiniano, os dois institutos já se haviam aproximado profundamente, de modo que passa-

⁵⁶ Idem, nota 37.

⁵⁷ O instituto da prescrição tal como hoje é conhecido, sem nos esquecermos da função mor do instituto que é a segurança das relações jurídicas, também apresenta um carácter sancionador da inacção, na medida que torna inexigível o direito daquele que não o exerceu num determinado prazo legal.

⁵⁸ O Direito Justinianeu merece destaque, mas devemos esclarecer que antes o Direito Romano é marcado pelo Direito Pós-clássico que representou uma época de crise. Como nos ensina o Prof. Dr. Santos Justo, se esta época não existisse não haveria a época Justinianéia que é a recuperação da época clássica. Entretanto, a evolução do Direito Pós-Clássico ao Direito Justinianeu é tratada nesta Secção

ram a desempenhar a mesma função com a ressalva de que a *usucapio* se aplicava às *res* móveis (possuídas durante um ano), aos *fundi* itálicos e aos *fundi* provinciais privilegiados com o *ius italicum*, enquanto a *longi temporis praescriptio* se aplicava aos restantes *fundi* provinciais possuídos durante 10 ou 20 anos (consoante o proprietário habitasse ou não na mesma *civitas*)⁵⁹.

A diferença entre os dois institutos chegou mesmo ao fim com Justiniano que fundiu a *longi temporis praescriptio* com a *usucapio* e ampliou o decurso do tempo para 3 (três) anos em relação às coisas móveis.⁶⁰ Tanto um quanto o outro eram, portanto, modo de aquisição da propriedade⁶¹.

Ao mesmo tempo aboliu-se a diferença entre fundos provinciais e fundos itálicos e a diferença entre domínio quiritário e outras formas de domínio⁶².

À *possessio* foi conferida relevância ao *animus* de ser a coisa possuída como própria. Denominava-se *possessio ad usucapionem*. Sua interrupção (*usurpatio*) implicava a sua perda e, se eventualmente fosse retomada, constituiria uma posse nova e que portanto deveria reunir novamente os requisitos necessários ao usucapião. A demanda judicial interrompia a *usucapio*.

59 Referimo-nos ao Baixo Império. Conforme JUSTO, A. Santos. *Op. cit.*, p. 82.

60 No entanto, como revela o Prof. Dr. Santos Justo, “as fontes justinianeias reservam o vocábulo *usucapio* para as *res* móveis e utilizam a expressão *longi temporis praescriptio* nas *res* imóveis.” (*Op. cit.*, p. 82).

61 Contudo, a eficácia aquisitiva da *longi temporis praescriptio* aconteceu antes mesmo da fusão dos institutos. Segundo a doutrina, em 528 d. C., ao passo que a fusão se deu em 531 d.C..

62 JUSTO, A. Santos. *Op. cit.*, p. 82.

A *accessio possessionis*, de que tratamos no item II, deixou de ser limitada às relações entre compradores e vendedores e foi estendida a qualquer causa de aquisição⁶³.

Em relação ao *titulus*⁶⁴ e a *bona fides*, menciona a doutrina⁶⁵ que Justiniano graduou os dois requisitos, confundiu-os em boa parte, tornando-os fungíveis com uma maior acentuação da boa fé⁶⁶.

A boa fé era presumida cabendo à parte contrária o ónus de provar a má fé do usucapiente⁶⁷.

Salienta a doutrina que, no que tange ao título e à discussão na época clássica no sentido de se admitir ou não o título putativo, o direito justinianeu parece ter inclinado para aceitar o título putativo.

A *iusta causa* do direito justinianeu é a *iusta causa erroris*, significa dizer que a boa fé deve ter a sua genese num erro escusável, ou seja, aquele erro que não é atribuível à culpa do errante⁶⁸.

Quanto às *res habilis*, tornaram-se insusceptíveis de usucapião: as *res dotales*; os imóveis das igrejas e fundações pias; os bens dos pupilos e dos menores; os bens constituídos do *peculium* adventício; as *res* dos ausentes; as coisas

63 JUSTO, A Santos. *Op. cit.*, p. 84.

64 *Titulus* é a expressão utilizada pela *iurisprudencia* pós-clássica, no lugar de *iusta causa* (terminologia da época clássica) (Cfr. SANTOS JUSTO, *op. cit.*, p. 86).

65 FABRINNI, *op. cit.*, p. 290-1.

66 Aliás, menciona a doutrina que a prevalência do elemento subjectivo sobre o elemento objectivo é uma característica de toda a legislação justinianeia (Novíssimo, *idem*).

67 FABRINNI, *op. cit.*, p. 288.

68 Cfr. FABRINNI, *op. cit.*, p. 290 e ALVES, J. C. Moreira, *op. cit.*, p. 315. Referimo-nos ao erro de facto, porquanto o erro de direito era inescusável (FABRINNI, *op. cit.*, p. 291).

A boa fé presumia-se até prova em contrário; bastava ao usucapiente provar a *iusta causa possessionis*. (FABRINNI, *op. cit.*, p. 290).

alienadas por um possuidor de má fé e todas as coisas cuja alienação fosse proibida, nomeadamente as *res* litigiosas e as *res* que não pudessem ser legadas⁶⁹.

2. A longissimi temporis praescriptio

Era o modo de aquisição da propriedade, independente de título, por quem possuísse a coisa por pelo menos 40 anos⁷⁰. No Ocidente esta *praescriptio* desempenhava duas funções: extintiva (de *actiones*) e aquisitiva da propriedade.

Justiniano atribuiu-lhe o mesmo efeito no Oriente, entretanto, o tempo da posse devia ser de 30 (trinta), ou 40 (quarenta) anos (neste último caso em relação aos imóveis do fisco, do imperador, da imperatriz, da Igreja, aos destinados a *piae causae* e às *res* litigiosas), mas dispensava o requisito do título⁷¹.

Esta *usucapio* estendeu-se às *res furtivae*, porém, em relação às *res extra commercium* e as *res vi possessae* permaneceu a proibição de usucapião⁷².

Esta *usucapio* era também denominada *usucapio* extraordinária, porque de facto constituía uma excepção à regra.

Conclusão

Verificamos que a época clássica foi à fase mais criativa do Direito Romano, representou verdadeiramente o seu apogeu.

69 JUSTO, A Santos, *op. cit.*, p. 85-6. Porém, ressalva o autor que em alguns dos casos a insusceptibilidade de usucapião era apenas temporária, falando-se de suspensão.

70 Segundo a doutrina romanística, foi uma *constitutio* (provavelmente de Constantino), no ano 365, que concedeu ao possuidor a faculdade de contestar, por *exceptio*, a *rei vindicatio* no caso de a *possessio* ter, pelo menos, 40 anos, dispensando a *bona fides* e o justo título.

71 Porém, continuou a exigir-se a boa fé.

72 Cfr. SANTOS JUSTO, *op. cit.*, p. 89.

O que lhe antecedeu foi o início de tudo, era, portanto, um Direito rudimentar, e o que lhe sucedeu foi na verdade uma evolução daquilo que já havia, o *Corpus Iuris Civilis*, de Justiniano, é a compilação do Direito Romano.

O Direito Romano era basicamente jurisprudencial, partia-se do caso concreto para o direito através da *actio*. Era assim que os romanos solucionavam seus conflitos de interesses.

Mas os problemas que surgiam há milhares de anos atrás ainda surgem agora e o Direito vigente não é, na sua essência, tão diferente do Direito de outrora.

O usucapião, por exemplo, no Código Civil Brasileiro de 1916, também visa sanar os vícios de um determinado ato translativo da propriedade⁷³ para fins de certeza das relações jurídicas, e quando não se destina a sanar algum vício, procura igualmente dar segurança ao direito⁷⁴.

73 Referimo-nos ao justo título que é “todo ato ou circunstância que leva uma pessoa de boa fé à crença de que a coisa que possui ele a houve por ato legítimo de outrem.” (MOURLON, Répétitions écrites sur le Cod. Civ., vol. 3, de las prescriptions, p. 936; Pothier, Traité de la prescription, nº 96, *apud* NUNES, Pedro. Do usucapião. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 27). Ou ainda é “todo ato jurídico, próprio, em tese, para transferir o domínio, mas que, em consequência de obstáculo ocorrente na hipótese, deixa de produzir o dito efeito”. (NEVES, Pedro. *Op. cit.*, p. 27).

Já nos parece na primeira definição que o justo título e a boa fé confundem-se tal como no direito justinianeu. Aliás, “o possuidor com justo título tem por si só a presunção de boa fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei não admite essa presunção.” (Art. 490, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro de 1916).

Orlando Gomes nos ensina que “justo título vem a ser o ato translativo que não produziu efeito; o título de aquisição ineficaz”. E ressalta as três causas que impedem a sua eficácia: a aquisição *a non domino*; a aquisição *a domino*, na qual o transmitente não goza do direito de dispor, ou transfere por ato nulo de pleno direito, e finalmente, o erro no modo de aquisição. (GOMES, Orlando, *op. cit.*, p. 170).

74 Estamos a falar do usucapião ordinário (que exige o justo título e a boa fé) e do usucapião extraordinário (que dispensa aqueles requisitos mas exige um tempo maior de posse), respectivamente.

Entretanto o novo Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003 contempla, além daquelas duas

A boa fé⁷⁵, em regra, continua a ser exigida e presumida, porém, o princípio “*mala fides superveniens nocet*” do Direito Romano não foi acolhida no Direito Brasileiro que adoptou a doutrina canónica segundo a qual a posse de boa fé perde esse carácter quando as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente⁷⁶.

Assim como toda posse tem que ser contínua e pacífica⁷⁷, os prazos de exercício da posse *ad usucapionem* também se aproximam do Direito Romano⁷⁸ e se prevê a possibilidade da *accessio possessionis*⁷⁹, bem como da *successio possessionis*⁸⁰.

Antes mesmo do Código Civil Brasileiro de 1916, o Direito Civil Brasileiro já contemplou o usucapião imemorial - que muito se aproxima da *longissimi temporis praescriptio* do Direito Justinianeu - o qual era reconhecido a quem possuísse determinada data de terras (fossem bens privados ou públicos patrimoniais) por mais de 40 (quarenta) anos independente de justo título e boa fé⁸¹.

espécies de usucapião, duas outras já consagradas na Constituição da República de 1988 e uma quinta, as três últimas têm em conta a função social da propriedade.

75 “É de boa fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito possuído.” (Art. 490, do Código Civil Brasileiro de 1916).

76 Conforme GOMES, Orlando, *op. cit.*, p. 172.

Trata-se do artigo 491 do Código Civil Brasileiro de 1916.

77 Tratam-se dos artigos 550, 551, 552, 618 e 619, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro de 1916, bem como v. arts. 489 e 497 do mesmo diploma legal.

78 V. Arts. 550, 551, 618 e 619, do Código Civil Brasileiro de 1916. Nota-se, quanto aos prazos, influência da época pós clássica do Direito Romano.

79 Art. 552 e 619, parágrafo único, do Código Civil de 1916. Entretanto, o novo Código Civil Brasileiro exige, para o usucapião ordinário, também o justo título e a boa fé (Arts. 1.243 e 1.262).

80 Arts. 495, 496 e 1.572, do Código Civil Brasileiro de 1916.

81 NUNES, Pedro, *op. cit.*, p. 9. Os prazos do usucapião a esta altura eram iguais aos do Direito Romano.

É que Teixeira de Freitas – contam- era profundo conhecedor do direito clássico, das obras de Ulpiano, e, também, de Justiniano⁸².

Bibliografia

- Alves, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. V. I, 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- Bonfante, Pietro. *Istituzioni di Diritto Romano*. Decima edizione. Istituto di Diritto Romano della Università di Roma, 1934.
- Dénoyzes, Joseph. Gennaro Franciosi. *Usucapio pro herede. Contributo allo studio dell'antica hereditas*. In *Révue Historique de Droit Français et étranger*. 4ª série, 45, 1967, pp. 309- 310.
- Franciosi, Gennaro. *Corso Istituzionale di Diritto Romano*. Torino: G. Giappichelli. Terza edizione.
- Gomes, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. Atualizado por Humberto Theodoro Júnior.
- Justo, António Santos. *Direito Privado Romano III (Direitos Reais)*. Coimbra: B.F.D., 1997, *Studia Ivridica* 26.
- Loretti, Jorge Fernando. *Conversa sobre Teixeira de Freitas*. In *Revista Doutrinária do Instituto Ítalo- Brasileiro de Direito Privado e Agrário Comparado*, nº 4. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001, pp. 71- 76.
- Masi, Antonio. *Bona fides e usucapione*. In *LABEO* 14, 1968, pp. 317- 327.
- Nunes, Pedro. *Do usucapião*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. Atualizado por Evandro Nunes.
- Zagreb, Marijan Horvat. *Réflexions sur l'auctoritas et l'usucapion*. In *Révue Internationale des Droits de l'Antiquité* 3, 8 ème série, 1956, pp. 285- 312.
- Novíssimo Digesto Italiano. Vol. XX- UN- Z. V. T. E. T., 1957, pp. 280- 291.
- Dizionario Enciclopedico del Diritto. Volume secondo. CEDAM, 1996, pp. 1538-1540.

82 LORETTI, Jorge Fernando. *Conversa sobre Teixeira de Freitas*. In *Revista Doutrinária do Instituto Ítalo- Brasileiro de Direito Privado e Agrário Comparado*. Nº 4. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001, p. 71-6.

Teixeira de Freitas foi o autor do Esboço do Código Civil Brasileiro de 1916. Mas não só, diz LORETTI que o seu “Esboço” influenciou o Código da Argentina que contém 1.227 artigos reproduzidos do “Esboço” de Teixeira de Freitas; os Códigos Uruguaio e Paraguaio sofreram a influência do Código Argentino. O Código Civil Alemão de 1846, que entrou em vigor em 1.900, posterior ao “Esboço”, contém as ideias básicas do trabalho que Teixeira de Freitas defendera. (*Op. cit.*, p. 75-6).