

Direito à Moradia: Segurança da Posse
 Usucapião especial em sede de defesa
 Exegese do art. 13 da Lei 10.257/2001

Jacqueline Severo da Silva¹

1) Introdução. 2) A Efetivação dos direitos e garantias fundamentais sociais. 3) O Novo Código Civil. 4) O Estatuto da Cidade. 5) O Direito ao Usucapião. 6) Certidões Negativas de Propriedade. 7) Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução.

A Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), assim dispõe, no seu 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.”

Ora! O artigo não inova no sentido da admissibilidade da alegação da usucapião em sede de defesa², mas traz novidade no que se refere à **possibilidade da sentença servir como título perante o registro imobiliário**, tanto no caso de reivindicatórias, como no caso de reintegratórias, consoante exegese do art. 13 do Estatuto da Cidade.

Senão, veja-se: o Estatuto da Cidade, ferramenta que traduz a necessidade de ordenar o pleno desenvolvimento das cidades e da propriedade urbana, acrescentando substância aos direitos fundamentais sociais, em especial ao direito fundamental social a moradia, em nada diferiria do ordenamento jurídico posto, limitando a discussão do domínio às ações reivindicatórias, sem que a sentença servisse como título perante o Registro Imobiliário, inclusive, em algumas ações possessórias.

Evidencia-se, no entanto, a necessidade de inovar no procedimento, pois que, no rito da usucapião, é necessária a observância de uma série de requisitos que perpassam pelas cientificações das fazendas públicas da União, Estado e Município, confrontantes, intimação do MP e requisição de certidões negativas, perante

¹ Assessora Jurídica da Equipe de Assistência Jurídica Municipal da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre

² Art. 1210, parágrafo 2 do CC brasileiro: “ O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

...

parágrafo 2º: Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa.” (sem grifos no original)

os cartórios de Registro de Imóveis (nos casos que entendidas como requisito para ver declarado o domínio), o que, sem sombra de dúvidas, pode ser procedido em sede de reintegratórias e reivindicatórias, em acordo com o pedido formulado na defesa.

Assim, a exegese do art. 13 visa estender a aplicabilidade da alegação da usucapião em sede de reivindicatórias e reintegratórias, servindo a sentença que declarar o domínio, como título, perante o Registro Imobiliário, **satisfeitos os requisitos procedimentais da usucapião.**

2) A Efetivação dos direitos e garantias fundamentais sociais.

A ordem constitucional, indiscutivelmente, consagra direitos fundamentais sociais, os quais não encontravam tamanha guarida no ordenamento posto.

Passou a Constituição Federal a orientar os rumos de quem busca a defesa, **dos desiguais perante a lei**, em sede de reivindicatórias e possessórias³. Isto permite concluir que a doutrina consagrada no Código de Processo Civil e Civil **já foi há muito tempo ultrapassada pela realidade social e pelo ordenamento constitucional**, como bem nos ensina ALFONSIN⁴.

O princípio da função social da propriedade ganhou uma nova dimensão, afirmando os doutrinadores que: **havendo a necessidade de sacrificar o direito de uma das partes, sacrifica-se o patrimonial, garantindo-se os direitos fundamentais, se a outra opção for essa** (teor do voto extraído de revisor em sede de agravo de instrumento 598360402, da 19ª Câmara Cível do TJRS, 06/08/98).

Ora, mansa e sabiamente ALFONSIN enfrenta a leitura do princípio da função social da propriedade, não enquanto relativização do direito de propriedade, mas como fundamento desta. Para tanto colaciona trecho de SILVEIRA⁵

*“ Ouve-se com freqüência que a propriedade não é mais de direito absoluto. Tal afirmação costuma preceder, sobretudo, argumentações doutrinárias ou jurisprudenciais que pretendam conferir, contraditoriamente, proteção absoluta à propriedade. Talvez seja o momento de se afirmar o contrário. A propriedade tem algo de absoluto. Algo de sagrado. E o sagrado (o que move as montanhas, como quer o poeta). **O absoluto da propriedade é a sua função social, que constitui, em síntese, o seu perfil constitucional**”.* (sem grifos no original)

³ ALFONSIN, Jacques Távora, O Acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e a moradia, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto alegre, 2003 **“É certo, evidente, se a lei (formalmente) é igual para todos, nem todos são iguais perante a lei “ (...) As chamadas classes menos favorecidas não têm acesso político ao governo”** (sem grifos no original)

⁴ Op. cit. p. 251.

⁵ SILVEIRA, Domingos Dresch da. A propriedade agrária e suas funções sociais. In: SANTANNA, Flávio Xavier. (org.). O Direito Agrário em Debate. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

O que há, portanto, de plausível nisso tudo é que o direito de propriedade é efetivamente autorizado pela sociedade e, desta forma, só se pode fazer uso da mesma em consonância com os interesses desta sociedade, assim assevera MONREAL⁶:

“ a função social da propriedade visa a que o exercício do direito correspondente se realize com respeito dos interesses do estado, enquanto este representa a organização suprema que ele deu a coletividade, e de todas exigências do bem comum, por considerar-se que o proprietário tem a coisa em nome e com autorização da sociedade, somente podendo fazer uso das faculdades que sobre ela tem, em forma harmônica com os interesses dessa mesma sociedade.” (sem grifos no original)

3) O Novo Código Civil.

Não é demasiado afirmar que a vida, as relações sociais e as desigualdades precisam ser recebidas e enfrentadas pelo contexto jurídico.

Insta dizer que, dos tencionamentos extraídos desta mesma vida, em contraposição com o ordenamento jurídico, nasceram normas que conferem plena eficácia aos princípios e garantias fundamentais sociais.

O novo Código Civil dispõe, no parágrafo 4º do art.1228, que o proprietário **poderá ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos por um número expressivo de pessoas.**

O novo ordenamento condiciona o uso da sua propriedade, desde que adstrito à sua função social.

4) O Estatuto da Cidade

O Estatuto da Cidade é ferramenta essencial para quem vê a cidade como espaço de interesses sociais, ambientais, humanos e não como palco da acumulação de capital.

A lei em comento se constitui enquanto importante instrumento da política urbana na implementação dos direitos locais, sobretudo na construção de uma sociedade mais justa, tendo como centro o atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana e da diminuição das desigualdades sociais e regionais.

A expectativa que se tem e a de que o excessivo respeito ao dogma da irretroatividade das leis imponha a ultratividade da desordem que a nova ordem pretende corrigir.

⁶ MONREAL, Eduardo Novoa. El derecho de propiedad privada. Bogotá: Themis, 1979, p.62.

Importa destacar que, o Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2002, no seu art.13, reconhece que a usucapião especial de imóvel urbano poderá ser invocada como matéria de defesa, **valendo a sentença que a reconhecer como título perante o registro imobiliário.**

5) O Direito ao Usucapião

A posse mansa e pacífica de áreas de propriedade privada exclui o domínio e a posse dos proprietários.

Nesse sentido é proveitoso mencionar o ensinamento de Humberto Theodoro Júnior (Curso de Direito Processual Civil - vol. III, Ed. Forense - 1990, 2ª edição, pag. 1688):

“O usucapião como forma de aquisição da propriedade, se aperfeiçoa independentemente da ação destinada a declará-lo. Assim, o possuidor se torna proprietário desde o momento em que se conseguem todos os requisitos legais da prescrição aquisitiva. E, por isso, demandado pelo antigo dono para restituir o imóvel, pode o possuidor se defender com a invocação do direito que lhe adveio do usucapião, mesmo que ainda não tenha obtido sentença para matriculá-lo em seu nome no Registro de Imóveis.”

Desta forma, em sede de reintegratórias ou reivindicatórias, provados os requisitos *“ad usucapionem”*, nada resta senão declarar, o domínio pleno e exclusivo aos contestantes sobre a área que ocupam, forte no art. 183 da CF, cotejado com os arts. 520, II e I e 530, III, ambos do Código Civil, combinado com os arts. 10, 12, parágrafo 2º e, 13 do Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2001.

Nos casos em que reconhecida a melhor posse ou a propriedade dos Autores das reintegratórias e reivindicatórias; respectivamente, as construções e melhoramentos efetuados, seriam considerados benfeitorias indenizáveis, cabendo nesse caso, indenização em favor dos benfeitores contestantes, o que, sempre, por cautela, se requer.

No mesmo sentido, não merecem acolhimento, pedidos de indenização de prejuízos, caso solicitado pelos Autores, pois, geralmente, inexistem ilícitos que autorizem tal deferimento. Os réus, ocupantes de áreas privadas, estão no exercício regular de direito protegido constitucionalmente, dando destinação social a terra - forte nos arts. 5º, XXIII e 183 da Constituição Federal.

6) As Certidões Negativas de Propriedade

Na hipótese de alegação de usucapião em sede de defesa, necessário enfrentar o tema do requerimento ou não de certidões negativas de propriedade imobiliária dos réus, pois assim encontra-se disposto no art. 183 da CF/1988:

“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.”

...” (sem grifos no original)

Assim, cabe analisar se a prova da inexistência de propriedade imóvel é requisito ou limitação ao reconhecimento do direito daquele que alega o direito ao usucapião.

Para elucidar o tema encontra-se, a seguir colacionado, estudo realizado pelo brilhante Procurador do Município de Porto Alegre: Dr. Edgar Garczynski Filho, no preparo de Agravo de Instrumento de decisão que determinou a juntada de certidões negativas de propriedade pelos autores de ação de usucapião.

“As certidões negativas não se tratam de requisitos necessários ao estabelecimento do direito dos usucapientes, não podendo, desta forma, serem tratadas como documentos indispensáveis à ação. Examinando-se a contento o dito usucapião constitucional, verifica-se que sua conformação básica não refoge a das demais prescrições aquisitivas previstas em nosso sistema, tendo esta modalidade, por requisitos: uma posse (animus domini), qualificada pela finalidade (moradia), durante certo lapso de tempo (cinco anos).

Embora mal redigido, o artigo constitucional em comento traz três limitações ao seu reconhecimento: a) o limite espacial máximo de duzentos e cinquenta metros quadrados; b) que os usucapientes não sejam proprietários de outro imóvel, urbano ou rural; e c) o reconhecimento do direito uma única vez a cada possuidor. Clara pois a mens legis, no sentido de criar nova modalidade de prescrição aquisitiva, visando a regularização da propriedade fundiária urbana, com menor lapso temporal, e cujas limitações visam estabelecer sua utilização pelas camadas populares mais desfavorecidas.

Não se deve, dessa forma, confundir o requisito com a limitação ao reconhecimento do direito. A prescrição se perfaz com a situação fática qualificada (posse animus domini com finalidade de moradia) pelo prazo estipulado. A limitação é, na verdade, óbice ao reconhecimento do domínio, que pode surgir como fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito daquele, e que deve ser argüida pelos réus.

Impedem que venha a ser reconhecido o direito: a) o fato dos limites espaciais serem maiores que o previsto; b) o fato dos autores já serem proprietários de imóvel urbano ou rural; c) o fato de já ter sido reconhecido o mesmo direito aos autores. E tão claro é que as limitações dos itens b e c deverão ser argüidas pelo réu é a sua impossibilidade de prova, por firmarem-se como provas absolutamente negativas.

Giuseppe Chiovenda em Instituições de Direito Processual Civil – 2º vol. – Ed. Saraiva – 2ª edição – 1965 – pág. 379, já afirmava que:

“Freqüentemente, no caso concreto, sente-se a oportunidade de atribuir o ônus da prova a uma das

partes, enquanto seria difícil formular uma razão geral para fazê-lo. Não é possível dizer a priori que a repartição da prova seja rigorosamente lógica e justa. Pode-se afirmar que, a rigor, seria justo que o autor provasse tanto a existência de fatos constitutivos do direito, quanto a não existência dos fatos impeditivos ou extintivos. Mas essa prova seria, no mais das vezes, difícil para os fatos impeditivos, impossível para os extintivos. Pretender tanto do autor equivaleria, quase sempre, a recusar-lhe, logo, a tutela jurisdicional.”

Mais adiante, na mesma obra (pág. 382) o jurista resume com maestria:

“Em síntese, pode-se enunciar: o autor deve provar os constitutivos, isto é, os fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos; o réu deve provar os fatos impeditivos, isto é, daqueles fatos que normalmente concorrem com fatos constitutivos, falta que impede a estes a produzir o efeito que lhes é natural.”

De fato, é inviável, pelo nosso sistema jurídico possam os autores comprovar não serem proprietários de imóvel no País. De igual forma, impossível provar já não terem sido reconhecidos aos autores direito anterior ao da demanda em curso. É certo que muitos eminentes julgadores, ante a perplexidade com que se deparam ante a má redação dos dispositivos, estabelecem critérios relativos, inexistentes nas disposições legais, para, dentro de uma posição de razoabilidade, tentar integrar ao sistema as referidas normas.

Embora respeitáveis tais posicionamentos, não estão concordes com a melhor alternativa de integração. Como óbice ao reconhecimento do domínio, devem as limitações ser argüidas pelos réus, eis que estabelecido no regramento sobre o ônus da prova que incumbe a estes, dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor (art. 333, inciso II do Código de Processo Civil).

E assim tem decidido nossas Cortes, conforme demonstra a decisão proferida no julgamento unânime do agravo de instrumento n.º 70002404697 da 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de nosso Estado, em que o Relator, Desembargador André Luiz Planella Villarinho adotou o parecer do insigne Procurador de Justiça, Dr. Eduardo Wetzel Barbosa:

“No presente caso, tratando-se de prova negativa de propriedade na hipótese de usucapião constitucional urbano, entende-se que o ônus deste elemento probatório não é do autor, uma vez que como acima exposto, trata-se de prova negativa e de difícil obtenção, face o sistema registral de nosso país.

Sobre este aspecto, transcreve-se trecho da obra de José Carlos de Moraes Salles (Usucapião de Bens Imóveis e Móveis, 5ª edição, pág. 231):

‘Questão tormentosa é a de saber a quem incumbe o ônus da prova, quanto ao requisito de não ser o usucapiente proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Em princípio, seria possível afirmar-se que se trataria de fato constitutivo do direito do prescribente, autor da ação de usucapião, de modo que incumbiria a ele o ônus dessa prova, por força do disposto no inc. I do art. 330 do CPC. Todavia, exigir do usucapiente tal prova, em país com condições continentais, como o Brasil, equivaleria a tornar inútil o seu alegado direito, porquanto lhe seria praticamente impossível a apresentação de certidões negativas de propriedade, expedidas por todos os cartórios de registros de imóveis do território nacional.

Verifica-se, pois, que se trata de prova negativa, de produção praticamente impossível.

Parece-nos, por isso, que bastará ao autor alegar a sua condição de não proprietário de outro imóvel urbano ou rural, competindo ao réu, comprovar, se for o caso, a inverdade da afirmativa do prescribente, por incumbir-lhe o ônus da prova quanto à existência de fato impeditivo do direito do autor (art. 333, inc. II do CPC) (grifo no original)

Nesse sentido é a opinião de Néelson Luiz Pinto, ao examinar requisito idêntico ao constante do art. 183 da Constituição, previsto na Lei 6.969/81, que versa sobre o usucapião especial rural. O ponto de vista de Tupinambá Miguel Castro do Nascimento é do mesmo diapasão, acrescentando que a solução encontrada se harmoniza com as normas do Código de Processo Civil e não permite que se tenha a ação de usucapião como inexecutável. Idêntico é o entendimento de Benedito Silvério Ribeiro (Tratado de usucapião, 2ª ed., 1988, p. 883)."

Ou ainda na apelação cível n.º 196057897, da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada deste Estado, da qual tem-se a ementa abaixo transcrita:

“USUCAPIÃO CONSTITUCIONAL URBANO.

2. A existência de outro bem imóvel em nome dos usucapientes como fato impeditivo do direito dos apelados, deveria ser comprovada por quem alegou. Descabe exigir-se dos requerentes a produção de prova negativa: a de não serem proprietários de outros bens imóveis. Requisitos do usucapião comprovados. Apelo provido.”

Admitindo-se a tese inversa a apresentada acima, a verifica-se que o Tribunal de Justiça de nosso Estado dispôs no parágrafo único do art. 7º do Provimento n.º 39/95, da Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul Anexo IV, (fls. 43 à 45), que, em sendo o autor beneficiário da assistência judiciária, as certidões necessárias a instrução do processo poderão ser requisitadas pelo juiz gratuitamente.

Neste sentido o acórdão da 20ª Câmara Cível, ao julgar o Agravo de Instrumento n.º 70001620961, tendo por Relator o Dr. Desembargador Luís Augusto Coelho Braga, em que ficou assente:

“2. Estando a parte litigando sob o pálio da assistência judiciária, deve ser observado o parágrafo único do art. 7º do provimento 39/95-CGJ que reza: “As certidões necessárias a instrução do processo de usucapião, sendo o autor beneficiário de assistência judiciária, deverão ser requisitados pelo juiz gratuitamente.” Ademais, sendo a parte pobre e tendo dificuldades em fazer prova tão banal, deverá inverter-se o ônus da prova para que o réu prove não ter o autor outro imóvel.”

A efetivação da prova, pelos autores, aos Seis Ofícios Imobiliários comprometerá a subsistência dos mesmos, que mal possuem recursos para a sua manutenção e de suas famílias.

Tal questão nos parece foi superada pelo legislador constitucional, que atento a questão material, tantas vezes imprescindível para a posterior formalização da pretensão em juízo, dispôs no art. 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal que o Estado prestará assistência Jurídica integral e gratuita, ampliando assim a esfera de ação, que se prendia ao termo Judiciária, para desta forma, abranger em sua área de incidência situações como a presente.

Corroborando nosso ponto de vista, nossos legisladores ao regulamentar o art. 183 da Constituição Federal, com a edição da Lei Federal n.º 10.257/01 estenderam o benefício da gratuidade da justiça aqueles ofícios, pois conforme o disposto no §2º do art. 12 do referido diploma legal, a gratuidade se estende aos Cartórios de Registros Imobiliários.”

7) Conclusão

A interpretação do art. 13 da Lei 10.257/2001 não poderia ser restritiva.

A limitação da incidência normativa às situações em que discutido o domínio, traria claro prejuízo à aplicabilidade do Estatuto da Cidade, que enseja efetivação e celeridade dos processos vinculados à garantia dos direitos fundamentais sociais, em especial, do direito fundamental social a moradia.

A norma procedimental não pode ferir ao direito substancial. Cumpre destacar o entendimento de GRINOVER, DINAMARCO E CINTRA⁷, ao tratar da instrumentalidade do processo:

Sustentam que o processo não é um fim em si mesmo, não devendo ser, na prática cotidiana, guindado à condição de fonte geradora de direitos.

“ os sucessos do processo não devem ser tais que superem ou contrariem os desígnios do direito material do qual ele é também um instrumento (à aplicação das regras

⁷ GRINOVER, DINAMARCO E CINTRA, Ada Pellegrini, Cândido Rangel & Antônio Carlos de Araújo Teoria Geral do Processo, 19ª Edição, Malheiros Editores Ltda, 2003, São Paulo.

processuais não deve ser dada tanta importância, a ponto de, para sua prevalência, ser condenado um inocente ou absolvido um culpado; ou a ponto de ser julgada procedente uma pretensão, no juízo cível, quando a razão estiver com o demandado)...” (não contém grifos no original)

O direito processual, portanto, deve estar a serviço do direito material. É inconcebível que o direito processual deixe de ser um efetivo caminho para a ordem jurídica justa.

Assim, visa-se à aplicabilidade do art. 13 da Lei 10.257/2001, podendo-se inovar no procedimento.

Desta forma, consoante exegese do art. 13 do Estatuto da Cidade este incide não só nas situações em que a discussão do domínio é alvo, mas também naquelas em que a melhor posse é discutida. E, poderá a sentença, nessas ações, servir como título, perante o Registro Imobiliário, desde que satisfeitos os requisitos procedimentais da usucapião, quais sejam cientificações das Fazendas Públicas da União, Estado e Município, intimação do MP, e requisição de certidões negativas de propriedade nos casos em que entendidas como requisitos para declaração do domínio.

Bibliografia

ALFONSIN, Jacques Távora.

O Acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e a moradia, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto alegre,

SILVEIRA, Domingos Dresch da.

A propriedade agrária e suas funções sociais. In: SANTANNA, Flávio Xavier. (org.).

O Direito Agrário em Debate. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

MONREAL, Eduardo Novoa.

El derecho de propiedad privada. Bogotá: Themis, 1979, p.62.

GRINOVER, DINAMARCO E CINTRA, Ada Pellegrini, Cândido Rangel & Antônio Carlos de Araújo
Teoria Geral do Processo, 19ª Edição, Malheiros Editores Ltda, 2003, São Paulo.

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA CÍVEL FORO REGIONAL DA TRISTEZA – 1º JUIZADO - PORTO ALEGRE

Assistência Jurídica Municipal

Processo nº 115191463
Ação de Reintegração de Posse

VILMA DOS SANTOS COUTO, brasileira, separada, do lar, RG 4028272617, CPF 452590460/72, JOSÉ MARIA XAVIER PEREIRA, brasileiro, solteiro, vigilante, RG 1072297581, CPF 35543930453 e sua cônjuge SILVIA REJANE COUTO DE OLIVEIRA, separada, brasileira, do lar RG 1649437, CPF 57268754000, SALVADOR FERREIRA DOS SANTOS, brasileiro, casado, aposentado, Rg 9060853216, CPF 108299890/72 e s/m VANIL MENDES OLIVEIRA DOS SANTOS, casada, brasileira, aposentada, RG 1021340482, CPF 528876110-04, VALMIR MARTINS DOS SANTOS, brasileiro, casado, marceneiro, RG 5022454309, CPF 577776830/04 e s/m DELOCI MARIA FERREIRA DOS SANTOS, brasileira, casada, do lar, RG 3092922677, CPF 627501190/29, MARLENE MARTINS DA SILVA, brasileira, viúva, aposentada, RG 8005617553, CPF 136078120/04, PAULO RICARDO BALLEJOS RAMOS, solteiro, brasileiro, aposentado, RG 6019420626, CPF 60667800000 e s/m MARIA IRIS DE JESUS SANTOS, solteira, brasileira, do lar, RG 5040261504, CPF 60713011068, NELSON FARIAS DE CARVALHO, casado, brasileiro, chapeador, RG 1029322731, CPF 29015057087 e s/m VERA TERESINHA ALVES DE CARVALHO, casada, brasileira, do lar, RG 9025239113 e CPF 76114201000, por sua procuradora firmatária em exercício na **ASSISTÊNCIA JURÍDICA MUNICIPAL DA PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE**, vêm perante V. Exa.

C O N T E S T A R

A ação de Reintegração de Posse que lhes promove JAYME MYCHKIS e AISIC MYCHKIS, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas:

JAYME MYCHKIS e AISIC MYCHKIS ajuizaram a presente ação alegando que os réus ocupam imóvel de sua propriedade. Pedem a procedência da ação de usucapião, com a reintegração na posse do imóvel de sua propriedade, bem como, indenização por perdas e danos.

Não há alegação de esbulho possessório, praticado pelos Réus, a configurar exercício de posse violenta e, portanto, viciada.

Os Autores tomaram conhecimento, recentemente, da ocupação da área, afirmando que existem boatos de que ocorreu há mais de ano e dia. Os demandantes sequer têm noção exata da data de ocorrência da ocupação, não alegando e provando, em momento algum, o exercício da posse.

Insta dizer que os Réus ocuparam **de forma mansa e pacífica** a área de terras, objeto do litígio, **para fins de moradia** há muitos anos. A posse coletiva perfaz mais do que cinco anos, conforme provam os documentos juntados.

A presente ação deverá ser julgada totalmente improcedente com base na argumentação que segue.

DO DIREITO

Não há o que se falar, no caso em tela, de posse viciada, pois que os demandados ocuparam a área objeto do litígio de forma mansa e pacífica há mais de 5 anos. Mesmo que fosse viciada a posse, e, portanto violenta, face à afirmação da retirada de cerca e moirões, como aduzido na peça inicial, o que não restou comprovado, cessada a violência, a área seria passível de usucapião.

Assim trata-se de esclarecer quanto a melhor posse, quanto ao cumprimento de sua função social e quanto às garantias postas em juço.

No mérito, requerem, os Demandados, seja acolhida a exceção de usucapião, considerando que os requeridos residem na área há mais de cinco (05) ininterruptamente, sem oposição e utilizando-a para sua moradia, não sendo proprietários de imóveis.

Os requeridos são pacíficos possuidores de longa data sem nunca terem sido intimados ou coagidos a abandonarem a área que ocupam, estão, isso sim, dando destinação social a uma área urbana.

a) A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A ordem constitucional, indiscutivelmente, consagra direitos fundamentais sociais, os quais não encontravam tamanha guarida no ordenamento posto.

Passou a Constituição Federal a orientar os rumos de quem busca a defesa, **dos desiguais perante a lei**, em sede de reivindicatórias e possessórias⁸.

⁸ ALFONSIN, Jacques Távora, O Acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e a moradia, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto alegre, 2003 “**É certo, evidente, se a lei (formalmente) é igual para todos, nem todos são iguais perante a lei “ (...) As chamadas classes menos favorecidas não têm acesso político ao governo”** (sem grifos no original)

Isto permite concluir que a doutrina consagrada no Código de Processo Civil e Civil **já foi há muito tempo ultrapassada pela realidade social e pelo ordenamento constitucional**, como bem nos ensina ALFONSIN⁹.

O princípio da função social da propriedade ganhou uma nova dimensão, afirmando os doutrinadores que: **havendo a necessidade de sacrificar o direito de uma das partes, sacrifica-se o patrimonial, garantindo-se os direitos fundamentais, se a outra opção for essa** (teor do voto extraído de revisor em sede de agravo de instrumento 598360402, da 19ª Câmara Cível do TJRS, 06/08/98).

Ora, mansa e sabiamente ALFONSIN enfrenta a leitura do princípio da função social da propriedade, não enquanto relativização do direito de propriedade, mas como fundamento desta. Para tanto colaciona trecho de SILVEIRA¹⁰

“ Ouve-se com freqüência que a propriedade não é mais de direito absoluto. Tal afirmação costuma preceder, sobretudo, argumentações doutrinárias ou jurisprudenciais que pretendam conferir, contraditoriamente, proteção absoluta à propriedade. Talvez seja o momento de se afirmar o contrário. A propriedade tem algo de absoluto. Algo de sagrado. E o sagrado (o que move as montanhas, como quer o poeta). O absoluto da propriedade é a sua função social, que constitui, em síntese, o seu perfil constitucional”. (sem grifos no original)

O que há, portanto, de plausível nisso tudo é que o direito de propriedade é efetivamente autorizado pela sociedade e, desta forma, só se pode fazer uso da mesma em consonância com os interesses desta sociedade, assim assevera MONREAL¹¹:

“ a função social da propriedade visa a que o exercício do direito correspondente se realize com respeito dos interesses do estado, enquanto este representa a organização suprema que ele deu a coletividade, e de todas exigências do bem comum, por considerar-se que o proprietário tem a coisa em nome e com autorização da sociedade, somente podendo fazer uso das faculdades que sobre ela tem, em forma harmônica com os interesses dessa mesma sociedade.” (sem grifos no original)

Assim, a doutrina já aponta a solução para os litígios em que presentes princípios supostamente conflitantes e, mesmo que assim não fosse, o bom senso nos imporia tal direcionamento.

b) O NOVO CÓDIGO CIVIL

⁹ Op. cit. p. 251.

¹⁰ SILVEIRA, Domingos Dresch da. A propriedade agrária e suas funções sociais. In: SANTANNA, Flávio Xavier. (org.). O Direito Agrário em Debate. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

¹¹ MONREAL, Eduardo Novoa. El derecho de propiedad privada. Bogotá: Themis, 1979, p.62.

Não é demasiado afirmar que a vida, as relações sociais e as desigualdades precisam ser recebidas e enfrentadas pelo contexto jurídico.

Insta dizer que, dos tencionamentos extraídos desta mesma vida, em contraposição com o ordenamento jurídico, nasceram normas que conferem plena eficácia aos princípios e garantias fundamentais sociais.

O novo Código Civil dispõe, no parágrafo 4º do art.1228, que o proprietário **poderá ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos por um número expressivo de pessoas.**

O novo ordenamento condiciona o uso da sua propriedade, desde que adstrito à sua função social.

c) O ESTATUTO DA CIDADE

O Estatuto da Cidade é ferramenta essencial para quem vê a cidade como espaço de interesses sociais, ambientais, humanos e não como palco da acumulação de capital.

A lei em comento se constitui enquanto importante instrumento da política urbana na implementação dos direitos locais, sobretudo na construção de uma sociedade mais justa, tendo como centro o atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana e da diminuição das desigualdades sociais e regionais.

A expectativa que se tem e a de que o excessivo respeito ao dogma da irretroatividade das leis imponha a ultratividade da desordem que a nova ordem pretende corrigir.

Importa destacar que, o Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2002, no seu art.13, reconhece que a usucapião especial de imóvel urbano poderá ser invocada como matéria de defesa, **valendo a sentença que a reconhecer como título perante o registro imobiliário.**

d) O DIREITO AO USUCAPIÃO;

A posse de área de propriedade dos Autores, pelos requeridos, excluiu o domínio e a posse dos mesmos, conforme provam os documentos juntados.

Nesse sentido é proveitoso mencionar o ensinamento de Humberto Theodoro Júnior (Curso de Direito Processual Civil - vol. III, Ed. Forense - 1990, 2ª edição, pag. 1688):

“O usucapião como forma de aquisição da propriedade, se aperfeiçoa independentemente da ação destinada a declará-lo. Assim, o possuidor se torna proprietário desde o momento em que se conseguem todos os requisitos legais da prescrição aquisitiva. E, por isso, demandado pelo antigo dono para restituir o imóvel, pode o possuidor se defender com a invocação do direito que lhe adveio do usucapião, mesmo que ainda não tenha obtido sentença para matriculá-lo em seu nome no Registro de Imóveis.”

Desta forma, nada mais resta senão declarar, o domínio pleno e exclusivo dos contestantes sobre a área que ocupam, forte no art. 183 da CF cotejado com os arts. 520, II e I e 530, III, ambos do Código Civil, combinado com os arts. 10, 12, parágrafo 2º e, 13 do Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2001.

Apenas “*ad argumentandum*”, caso fosse reconhecida a melhor posse dos Autores, as construções e melhoramentos efetuados seriam considerados benfeitorias indenizáveis, cabendo nesse caso indenização em favor dos benfeitores contestantes, o que, por cautela, ora se requer. Na mesma linha, não merece acolhimento o pedido de indenização dos prejuízos dos requerentes, pois não existe ilícito que autorize tal deferimento. Os réus estão no exercício regular de direito protegido constitucionalmente, dando destinação social a terra - forte nos arts. 5º, XXIII e 183 da Constituição Federal.

e) AS CERTIDÕES NEGATIVAS DE PROPRIEDADE

As certidões negativas não se tratam de requisitos necessários ao estabelecimento do direito dos usucapientes, não podendo, desta forma, serem tratadas como documentos indispensáveis à ação. Examinando-se a contento o dito usucapião constitucional, verifica-se que sua conformação básica não refoge a das demais prescrições aquisitivas previstas em nosso sistema, tendo esta modalidade, por requisitos: uma posse (*animus domini*), qualificada pela finalidade (moradia), durante certo lapso de tempo (cinco anos).

Embora mal redigido, o artigo constitucional em comento traz três limitações ao seu reconhecimento: a) o limite espacial máximo de duzentos e cinquenta metros quadrados; b) que os usucapientes não sejam proprietários de outro imóvel, urbano ou rural; e c) o reconhecimento do direito uma única vez a cada possuidor. Clara pois a *mens legis*, no sentido de criar nova modalidade de prescrição aquisitiva, visando a regularização da propriedade fundiária urbana, com menor lapso temporal, e cujas limitações visam estabelecer sua utilização pelas camadas populares mais desfavorecidas.

Não se deve, dessa forma, confundir o requisito com a limitação ao reconhecimento do direito. A prescrição se perfaz com a situação fática qualificada (posse *animus domini* com finalidade de moradia) pelo prazo estipulado. A limitação é, na verdade, óbice ao reconhecimento do domínio, que pode surgir como fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito daquele, e que deve ser argüida pelos réus.

Impedem que venha a ser reconhecido o direito: a) o fato dos limites espaciais serem maiores que o previsto; b) o fato dos autores já serem

proprietários de imóvel urbano ou rural; c) o fato de já ter sido reconhecido o mesmo direito aos autores. E tão claro é que as limitações dos itens b e c deverão ser argüidas pelo réu é a sua impossibilidade de prova, por firmarem-se como provas absolutamente negativas.

Giuseppe Chiovenda em Instituições de Direito Processual Civil – 2º vol. – Ed. Saraiva – 2ª edição – 1965 – pág. 379, já afirmava que:

“Freqüentemente, no caso concreto, sente-se a oportunidade de atribuir o ônus da prova a uma das partes, enquanto seria difícil formular uma razão geral para fazê-lo. Não é possível dizer a priori que a repartição da prova seja rigorosamente lógica e justa. Pode-se afirmar que, a rigor, seria justo que o autor provasse tanto a existência de fatos constitutivos do direito, quanto a não existência dos fatos impeditivos ou extintivos. Mas essa prova seria, no mais das vezes, difícil para os fatos impeditivos, impossível para os extintivos. Pretender tanto do autor equivaleria, quase sempre, a recusar-lhe, logo, a tutela jurisdicional.”

Mais adiante, na mesma obra (pág. 382) o jurista resume com maestria:

“Em síntese, pode-se enunciar: o autor deve provar os constitutivos, isto é, os fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos; o réu deve provar os fatos impeditivos, isto é, daqueles fatos que normalmente concorrem com fatos constitutivos, falta que impede a estes a produzir o efeito que lhes é natural.”

De fato, é inviável, pelo nosso sistema jurídico possam os autores comprovar não serem proprietários de imóvel no País. De igual forma, impossível provar já não terem sido reconhecidos aos autores direito anterior ao da demanda em curso. É certo que muitos eminentes julgadores, ante a perplexidade com que se deparam ante a má redação dos dispositivos, estabelecem critérios relativos, inexistentes nas disposições legais, para, dentro de uma posição de razoabilidade, tentar integrar ao sistema as referidas normas.

Embora respeitáveis tais posicionamentos, não estão concordes com a melhor alternativa de integração. Como óbice ao reconhecimento do domínio, devem as limitações ser argüidas pelos réus, eis que estabelecido no regramento sobre o ônus da prova que incumbe a estes, dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor (art. 333, inciso II do Código de Processo Civil).

E assim tem decidido nossas Cortes, conforme demonstra a decisão proferida no julgamento unânime do agravo de instrumento n.º 70002404697 da 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de nosso Estado, em que o Relator, Desembargador André Luiz Planella Villarinho adotou o parecer do insigne Procurador de Justiça, Dr. Eduardo Wetzel Barbosa:

“No presente caso, tratando-se de prova negativa de propriedade na hipótese de usucapião constitucional urbano, entende-se que o ônus deste elemento probatório não é do autor, uma vez que como acima exposto, trata-se de prova negativa e de difícil obtenção, face o sistema registral de nosso país.”

Sobre este aspecto, transcreve-se trecho da obra de José Carlos de Moraes Salles (Usucapião de Bens Imóveis e Móveis, 5ª edição, pág. 231):

‘Questão tormentosa é a de saber a quem incumbe o ônus da prova, quanto ao requisito de não ser o usucapiente proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Em princípio, seria possível afirmar-se que se trataria de fato constitutivo do direito do prescribente, autor da ação de usucapião, de modo que incumbiria a ele o ônus dessa prova, por força do disposto no inc. I do art. 330 do CPC. Todavia, exigir do usucapiente tal prova, em país com condições continentais, como o Brasil, equivaleria a tornar inútil o seu alegado direito, porquanto lhe seria praticamente impossível a apresentação de certidões negativas de propriedade, expedidas por todos os cartórios de registros de imóveis do território nacional.

Verifica-se, pois, que se trata de prova negativa, de produção praticamente impossível.

Parece-nos, por isso, que bastará ao autor alegar a sua condição de não proprietário de outro imóvel urbano ou rural, competindo ao réu, comprovar, se for o caso, a inverdade da afirmativa do prescribente, por incumbir-lhe o ônus da prova quanto à existência de fato impeditivo do direito do autor (art. 333, inc. II do CPC) (grifo no original)

Nesse sentido é a opinião de Néelson Luiz Pinto, ao examinar requisito idêntico ao constante do art. 183 da Constituição, previsto na Lei 6.969/81, que versa sobre o usucapião especial rural. O ponto de vista de Tupinambá Miguel Castro do Nascimento é do mesmo diapasão, acrescentando que a solução encontrada se harmoniza com as normas do Código de Processo Civil e não permite que se tenha a ação de usucapião como inexecutável. Idêntico é o entendimento de Benedito Silvério Ribeiro (Tratado de usucapião, 2ª ed., 1988, p. 883).”

Ou ainda na apelação cível n.º 196057897, da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada deste Estado, da qual tem-se a ementa abaixo transcrita:

“USUCAPIÃO CONSTITUCIONAL URBANO.

2. A existência de outro bem imóvel em nome dos usucapientes como fato impeditivo do direito dos apelados, deveria ser comprovada por quem alegou. Descabe exigir-se dos requerentes a produção de prova negativa: a de não serem proprietários de outros bens imóveis. Requisitos do usucapião comprovados. Apelo provido.”

Admitindo-se a tese inversa a apresentada acima, a verifica-se que o Tribunal de Justiça de nosso Estado dispôs no parágrafo único do art. 7º do Provimento n.º 39/95, da Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul Anexo IV, (fls. 43 à 45), que, em sendo o autor beneficiário da assistência judiciária, as certidões necessárias a instrução do processo poderão ser requisitadas pelo juiz gratuitamente.

Neste sentido o acórdão da 20ª Câmara Cível, ao julgar o Agravo de Instrumento n.º 70001620961, tendo por Relator o Dr. Desembargador Luís Augusto Coelho Braga, em que ficou assente:

“2. Estando a parte litigando sob o pálio da assistência judiciária, deve ser observado o parágrafo único do art. 7º do provimento 39/95-CGJ que reza: “As certidões necessárias a instrução do processo de usucapião, sendo o autor beneficiário de assistência judiciária, deverão ser requisitados pelo juiz gratuitamente.” Ademais, sendo a parte pobre e tendo dificuldades em fazer prova tão banal, deverá inverter-se o ônus da prova para que o réu prove não ter o autor outro imóvel.”

A efetivação da prova, pelos autores, aos Seis Ofícios Imobiliários comprometerá a subsistência dos mesmos, que mal possuem recursos para a sua manutenção e de suas famílias.

Tal questão nos parece foi superada pelo legislador constitucional, que atento a questão material, tantas vezes imprescindível para a posterior formalização da pretensão em juízo, dispôs no art. 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal que o Estado prestará assistência Jurídica integral e gratuita, ampliando assim a esfera de ação, que se prendia ao termo Judiciária, para desta forma, abranger em sua área de incidência situações como a presente.

Corroborando nosso ponto de vista, nossos legisladores ao regulamentar o art. 183 da Constituição Federal, com a edição da Lei Federal n.º 10.257/01 estenderam o benefício da gratuidade da justiça aqueles ofícios, pois conforme o disposto no §2º do art. 12 do referido diploma legal, a gratuidade se estende aos Cartórios de Registros Imobiliários.

PEDIDO

Os Contestantes requerem que V. Exa. acolha a exceção de usucapião e julgue totalmente improcedente a presente ação, condenando os Requerentes autores ao pagamento de honorários advocatícios e demais ônus de sucumbência.

Protestam por todos os meios de prova em Direito admitidos, requerendo desde já, o depoimento pessoal dos autores, depoimento das testemunhas arroladas, juntada de documentos e todas as demais provas em direito admitidas.

Requerem lhes seja concedido o benefício da Assistência Judiciária por serem pobres e não terem condições de custear a presente demanda.

Requerem, ainda, a intimação do MP, para acompanhar o feito, a intimação por via postal dos Representantes da Fazenda Pública da União, Estado e Município, bem como, a citação dos confrontantes da área, a serem devidamente identificados, caso firmado o entendimento de que passível a incidência dos Arts. 10 e 13 do Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2001.

Finalmente, a procuradora signatária requer lhe seja concedida a contagem do prazo em dobro, para a devida intimação pessoal de todos os atos processuais - forte nos arts. 1º e 5º, § 5º da Lei 1060/50.

N.T.P.D.

Porto Alegre, 12 de abril de 2004.

Jacqueline Severo da Silva
OAB/RS 37.942

ROL DE TESTEMUNHAS

JOEL KRAS CAMPOS, rua Vicente Montégia, 390/casa01;
ADOLFO DA ROSA, Rua Vicente Montégia, 400;
RODOLFINA FARIAS DE OLIVEIRA, Rua João Mora, 505/403, Cavalhada,
ALMIR SOUZA RODRIGUES, Rua Padre Ângelo, 466, Cavalhada, Cristal;
SIBILA MAINARDI BRIXNER, Av Vicente Montégia, 558 casa 2;
MOACIR FERNADES DA SILVA, Vicente montégia, 367;
DAISI OLIVEIRA, Vicente Montégia, 390, casa 04
EURIPEDES DE DEUS BRAGA, Av. Vicente Montégia, 390, casa 04;
IVAN SILVEIRA DE OLIVEIRA, Vicente Montégia, 390, casa 04 ;
ARTUR KRAS CAMPOS, Av. Vicente Montégia, 390, casa 01;
CLÁUDIO DOS SANTOS, Av. Vicente Montégia, 378;
DARI BRAGA DE SOUZA, Av Vicente Montégia, 390, casa 16;
JUAREZ MARTINS DE AQUINO, Av Vicente Montégia, 507;
NAIR CONDE PINTO, Vicente Montégia, 517;
DARI BRAGA DE SOUZA, Av Vicente Montégia, 390, casa 16;
AILTON SOARES DA SILVA, Rua Otávio Santos, 571/1008;