

# PROCESSO CIVIL

---

## PROCEDIMENTO DA AÇÃO DE USUCAPIÃO COM A REFORMA DO CPC

BELMIRO PEDRO WELTER

Promotor de Justiça-RS

1. Introdução — 2. Audiência de conciliação — 3. Julgamento antecipado; 3.1 Efeitos dos incisos I e II do art. 330 do CPC; 3.2 Julgamento antecipado em face da prova inequívoca da alegação — 4. Conclusões.

### 1. Introdução

A recente reforma do Código de Processo Civil abrange a proporção de dez por cento do Estatuto,<sup>1</sup> voltada, principalmente, a “localizar os pontos de estrangulamento da prestação jurisdicional, e remover os óbices à efetividade do *acesso à justiça*”.<sup>2</sup>

Foram mais de uma centena de alterações, as quais atingiram também o procedimento da ação de Usucapião.

Anteriormente à reforma, como é cediço, ajuizada a ação, era designada audiência preliminar de *justificação de posse*. Dúvidas surgiram, de antanho, quanto ao cabimento, ou não, do *juízo antecipado da lide*. Dividiram-se a doutrina e a jurisprudência. Venceu a primeira corrente, o que se haure do acórdão formatado pelo Tribunal de Justiça deste Estado, ao edificar a ementa: “*Usucapião ... Julgamento antecipado que se autoriza no caso, eis bem colhida a prova preliminar sobre a posse e ausente qualquer contestação*”.<sup>3</sup>

O jurista Adroaldo Furtado Fabrício, em seu voto-relator,<sup>4</sup> apadrinha essa tese, já que “é abundante e pacífica a jurisprudência da Corte, a partir da idéia de que o rito dessa ação é o ordinário desde o término do prazo para contestação, e de pertencer à sistemática desse rito a antecipação da sentença, nos casos do art. 330 do CPC”.

(1) Informação fornecida por Cândido Rangel Dinamarco, em *A reforma do Código de Processo Civil*, Malheiros, 1995, p. 31.

(2) Ministro do STJ Sálvio de Figueiredo Teixeira, em *A Efetividade do Processo e a Reforma Processual*, n. 4, pp. 258-259.

(3) Acórdão de lavra da 5.ª CCv do TJRS, em 7.10.86, rel. Des. Sérgio Pilla da Silva, transcrito na *RJTJRS* 121/357.

(4) Desembargador Adroaldo Furtado Fabrício, em acórdão formatado pela 6.ª CCv do TJRS, em 22.11.88, transcrito na *RJTJRS* 137/225.

Agora, porém, com o afastamento da audiência preliminar de justificação de posse, pendem inúmeras dúvidas no seio forense acerca da possibilidade, ou não, de o feito ser julgado antecipadamente, mesmo sem a colheita da prova preliminar sobre os requisitos do Direito Material, na forma dos incisos I e II do art. 330 do Código de Processo Civil.

## 2. Audiência de conciliação

Conforme visto, não há mais a audiência preliminar de justificação de posse na ação de usucapião. A dúvida que também invade a seara jurídica é: há necessidade, ou não, da audiência de conciliação citada pelo novel art. 331 do Estatuto Processual Civil.

Cândido Rangel Dinamarco<sup>5</sup> silencia quanto a realização dessa audiência. Seu silêncio pode significar o afastamento da solenidade, porque “pelo novo texto, o autor pedirá a citação dos legitimados passivos necessários, como sempre (proprietário titulado, confinantes, terceiros) e, com a citação, os réus ficarão intimados desde logo a responder — como em todo procedimento ordinário”.<sup>6</sup> Mas, em outra passagem, o jurista leciona que “a consequência sistemática é que, sem o único elemento que o caracterizava como especial, o procedimento da *ação de usucapião* passa a ser ordinário. As regras que remanescem no capítulo destinado a ele não têm natureza procedimental e já sequer se justifica sua manutenção num Livro destinado a disciplinar *procedimentos*”.<sup>7</sup> Ora, se o procedimento da ação de usucapião é o ordinário, então a audiência é *obrigatória, ex vi* do disposto no art. 331 do Diploma Legal reformado, ou seja, o Juiz, no procedimento comum (ordinário, sumário ou sumaríssimo), é *obrigado* a agendar a audiência de conciliação quando a causa versar sobre direitos disponíveis.<sup>8</sup>

Destarte, o autor, ao peticionar, deverá descrever o imóvel usucapiendo (área total, pontos cardeais, metragem dos flancos, nome dos confinantes); apensar a planta do imóvel (quando a lei o exigir); certidão de imóveis (positiva ou negativa); fazer menção ao tempo de exercício da posse (cinco, dez, quinze ou vinte anos) e suas características (mansa, pacífica, ininterrupta e com ânimo de dono); requerer: a) a citação do proprietário do imóvel (ou possuidor — súmula 263 do STF); b) a citação dos confinantes (súmula 391 do STF); c) a intimação pessoal do órgão do Ministério Público; d) a intimação, via postal, dos representantes das Fazendas Públicas da União,

<sup>(5)</sup> Cândido Rangel Dinamarco, na ob. cit., p. 209.

<sup>(6)</sup> Idem, p. 210, item 171.

<sup>(7)</sup> Ibidem, p. 211, 2.º parágrafo.

<sup>(8)</sup> Theotonio Negrão, em *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, Saraiva, 26.ª ed., 1995, em nota de rodapé n. 2 ao art. 331 professa que “nas causas que versam sobre direito indisponível, não se admite transação, de sorte que não há razão para que se realize audiência de conciliação”. Cândido Rangel Dinamarco, na ob. cit., pelo contrário, sustenta a obrigatoriedade da audiência de conciliação quando for o caso de direitos indisponíveis, porque, mesmo não se podendo transigir, deve ser efetivada a tríplice missão: sanear-conciliar-organizar, e na audiência o juiz decidirá questões processuais e pronunciar-se-á sobre provas a realizar ou não, designando audiência de instrução e julgamento se for o caso.

do Estado (ou Distrito Federal) e do Município (ou Territórios); e) a citação, por edital, dos requeridos certos (conhecidos), mas em lugar incerto, e dos eventuais interessados.

Contestada a demanda, deverá ser designada audiência de conciliação. Esta obtida, será reduzida a termo; frustrada, deverão ser fixados os pontos controvertidos, com o saneamento do feito, designando-se audiência de instrução e julgamento.

Incontestada a ação, desaparece a motivação na fixação dos pontos controvertidos, motivo por que será dispensável a audiência de conciliação, mas não a de instrução.

### 3. Julgamento antecipado

Esta é a questão mais controvertida entre os lidadores do direito, porque: é possível, com a reforma, o julgamento antecipado da lide, *mesmo não havendo prova preliminar do direito material?*

Nilton Tavares da Silva<sup>9</sup> ensina que é possível o julgamento antecipado na ação de usucapião (art. 330, incisos I e II, do CPC), pelas enunciadas razões jurídicas: a) o procedimento na ação de usucapião é o ordinário; b) trata-se de matéria de natureza patrimonial, portanto, direito disponível; c) cabe a aplicação, por analogia, da tutela antecipada, isto é, *existindo prova inequívoca da alegação*.

#### 3.1 Efeitos dos incisos I e II do art. 330 do CPC

Não obstante a judiciosa fundamentação do eminente Magistrado — já que o procedimento é ordinário, e neste é perfeitamente possível o julgamento antecipado da lide nas demandas cujo direito é disponível, com escopo na revelia, ou sendo a questão principal a um só tempo de fato e de direito (art. 330, incisos I e II, da Lei Processual Civil) —, ousamos divergir, com a devida vênia, testificando que *não é possível o julgamento antecipado*, pelos seguintes fundamentos jurídicos:

— *a uma, sem audiência de instrução e julgamento não haverá nos autos a prova do Direito Material*. Não se pode invocar a doutrina e jurisprudência de antanho para acoplá-las ao novo procedimento da ação de usucapião, isto porque, antes da reforma, o procedimento era *especial*, transmudando-se em ordinário após o prazo contestacional, mas, já na *audiência de justificação de posse* era formatado o Direito Material do autor, ou, em outros termos: já havia a prova pré-constituída do bem da vida quando do julgamento antecipado, o que, doravante, em tese, não é possível devido à supressão da audiência preliminar;

<sup>9</sup> Nilton Tavares da Silva, notável Magistrado e Professor de Direito Processual Civil. O Juiz de Alçada e eminente Professor de Direito Civil Breno Moreira Mussi também apadrinha a tese da aplicação da revelia em usucapião, oportunizando o julgamento antecipado, cujo entendimento foi esposado no Encontro Estadual da Magistratura, em Porto Alegre, no mês de março de 1995, nos termos: “*Se ninguém levantou objeção de qualquer espécie, porque não reconhecer o usucapião em favor do autor?*”

— a duas, com a reforma do Código de Processo Civil ficou reconhecido, definitivamente, que *posse é fato* (e não direito). Outrossim, ninguém ousaria divergir que na ação de usucapião existem requisitos objetivos (continuidade e tranqüilidade da posse) e subjetivos (o *animus rem sibi habendi*). Clóvis Beviláqua<sup>10</sup> pontifica que “no usucapião trintenário (na época) o que domina é o fato da posse contínua e incontestada, unida à intenção de ter o possuidor o imóvel como próprio”. Não há, assim, como afastar a condição subjetiva, para que se reconheça o usucapião.<sup>11</sup>

Desta forma, havendo requisitos subjetivos e objetivos a serem comprovados no deambular da tessitura probatória, “também é de se ter como incontroverso que, na ação de usucapião, a questão principal a ser decidida é, a um só tempo, *questão de fato e de direito*. Nestas condições, somente seria legal o julgamento antecipado da lide ocorrendo a hipótese prevista na parte final do inc. I do art. 330 do CPC: *se não houver necessidade de produzir prova em audiência*”.<sup>12</sup> Ora, o autor ao ajuizar a demanda apenas alegou ser possuidor de todos os requisitos (objetivos e subjetivos), mas é cediço que meras alegações não são dogmas, nem mesmo ocorrendo a revelia (o efeito desta é relativo, não absoluto), porque incumbe ao autor comprovar ambos os elementos, não havendo outra forma de comprová-los senão na audiência de instrução e julgamento. Assim, habitando na ação de usucapião duas questões a serem equacionadas: *de fato e de direito*, delas o autor não poderá se afastar. *Com a revelia, ficou superada a questão fática (requisito objetivo), mas fica pendente de prova a questão de direito (requisito subjetivo), à qual descabe aplicar a revelia.*

— a três, é oportuno gizar que, antes da reforma, a doutrina e a jurisprudência vacilaram por longo período para admitir o julgamento antecipado,<sup>13</sup> mesmo com a audiência preliminar de justificação de posse, porque se apregoava que era necessário ter o mínimo de segurança jurídica nas decisões judiciais. Em outros termos, antes da reforma, *mesmo com a prova pré-constituída*, havia divergência quanto ao julgamento antecipado da liça.

— a quatro, a ação de usucapião reclama alguns requisitos, *verbi gratia*: posse (mansa, pacífica, ininterrupta e com ânimo de dono), tempo (cinco, dez, quinze ou vinte anos). Caio Mário da Silva Pereira,<sup>14</sup> ancorando-se em Lafayete, Beviláqua, Espínola, Mazeaud *et* Mazeaud e De Page, preleciona que “usucapião é a aquisição da propriedade ou outro direito real pelo decurso do tempo estabelecido e com a observância dos requisitos instituídos em lei”. Mais adiante, lista os dois principais requisitos da aquisição *per usucapionem*: *a posse e o tempo*.

(10) Clóvis Beviláqua, citado por Nelson Luiz Pinto e Teresa Arruda Alvim Pinto, em “Usucapião”, RT, 1992, p. 81.

(11) Nelson Luiz Pinto e Teresa Arruda Alvim Pinto, na ob. cit., p. 81.

(12) Idem, citando acórdão do Tribunal de Justiça de Campo Grande, em 8.2.82, rel. Desembargador Leão Neto do Carmo.

(13) RT 606/107, acórdão citado por Theotônio Negrão, em *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, Saraiva, 1995, 26.ª ed., em nota 4 ao art. 945.

(14) Caio Mário da Silva Pereira, em *Instituições de Direito Civil*, vol. IV, 10.ª ed., 1993, Forense, p. 103.

Benedito Silvério Ribeiro,<sup>15</sup> após assegurar que a ação de usucapião possui natureza declaratória, e de que a propriedade, desde quando aforada a demanda, já fora adquirida pelo possuidor, ensina que “o autor, por princípio geral de direito, deverá provar os fatos por si alegados (*actori incumbit onus probandi*), cumprindo-lhe, portanto, na inicial mencionar os meios de provas de que pretende valer-se para provar a sua pretensão deduzida em juízo.

Mais adiante,<sup>16</sup> o tratadista é ainda mais contundente quando reclama a presença da prova pelo autor do seu alegado Direito Material, porquanto “a necessidade de provar constitui um dos postulados básicos do direito processual, não só pela imperiosidade de se buscar a verdade, mas também por ser indispensável, para a garantia e segurança das relações jurídicas, a demonstração da veracidade dos fatos alegados pelas partes”. E quanto à prova do alegado Direito Material, *mesmo não havendo contestação*, o publicista julga antecipadamente a controvérsia, vez que “o fato de não ter havido contestação não dispensa o autor da obrigatoriedade de provar a sua posse, competindo-lhe comprovar a existência dos requisitos necessários à declaração do domínio que postula” (grifamos).

— a cinco, porque a presunção contemplada no art. 319 do Estatuto Processual Civil é relativa, restringindo-se apenas aos fatos. Daí porque, “mesmo ocorrendo a revelia, do autor se exige a prova do seu alegado direito, podendo o julgador, em respeito ao princípio da busca da verdade real (a qual está mais pulsante na reforma do Código), determinar ou deferir provas a formar, com mais segurança, o seu convencimento”.<sup>17</sup>

Os requisitos objetivos e subjetivos, em decorrência, deverão ser devidamente comprovados, sob pena de se aceitar uma autêntica *denúncia vazia* em favor do autor em detrimento do requerido, o que, notoriamente, é vedado pelo ordenamento jurídico, porque a “revelia não tem e não pode ter a virtude de transmutar o quadrado em redondo e o preto em branco. Está ali — e bem perto do art. 319 — o art. 322. Caso tivesse sido adotado o princípio da irreversibilidade absoluta, a troco de que albergar a regra do art. 322, 2.ª parte, a permitir a intervenção do réu no processo em qualquer fase? A conclusão só pode ser a de que, embora não repetida a regra do art. 209 do diploma processual anterior, de modo explícito, tampouco foi ela expressamente afastada, de sorte que pode ser perfeitamente invocada a título de princípio geral e para que a harmonia do atual Código não sofra solução de continuidade”.<sup>18</sup>

— a seis, o autor postula mediante ação processual o seu Direito Material. O processo é meio pelo qual se busca o bem da vida. Não pode o processo, que é instrumento, isentar o autor do ônus da prova desse seu

(15) Benedito Silvério Ribeiro, em *Tratado de Usucapião*, vol. 2, Saraiva, 1992, pp. 935 e 991.

(16) Ob. cit., p. 1.260.

(17) Ministro do STJ Sálvio de Figueiredo Teixeira, idealizador da reforma do CPC, quando ainda Desembargador na 3.ª CCv. do TJMG, em 22.5.86, em acórdão citado por Alexandre de Paula, em *Código de Processo Civil Anotado*, vol. I, 5.ª ed., RT, 1992, p. 1.320.

(18) Alexandre de Paula, na ob. cit., 1.322, citando acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo.

invocado Direito Material. Aliás, o próprio Código de Processo Civil, em seu art. 333, inciso I, dita que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito (*rectius*, Direito Material).

Sem dúvida, é imensa a dificuldade dos *operadores* do Direito em separar a ação de Direito Processual da ação de Direito Material. Essa diferenciação foi egregiamente exposta pelo eminente Procurador de Justiça Sérgio Gilberto Porto,<sup>19</sup> na medida em que é possível “a existência de *ação* processual, sem que, em contrapartida, exista efetivamente Direito Material, pois fenômenos ocorrentes em planos ou dimensões diversas. Assim, possível afirmar que a relação jurídica de Direito Material é fenômeno próprio do campo pré-processual, ao passo que a relação jurídica de Direito Processual somente se provocado o exercício da jurisdição”. Assim, embora o autor da ação de usucapião tenha o direito à ação processual, pode não se lhe ser outorgado o Direito Material.

— *a sete*, a audiência de justificação de posse, realizada antes da reforma, concedia ao autor a prova pré-constitutiva de seu Direito Material, motivo pelo qual a doutrina e a jurisprudência admitiam o julgamento antecipado. Mas, agora, com o novo procedimento, não há mais essa possibilidade, já que foi afastada a oportunidade de se formatar essa prova preliminar, devendo, assim, ser realizada, necessariamente, a audiência de instrução e julgamento. Esta, anteriormente, era dispensável porque todos os requisitos da Lei Substantiva já haviam sido provados na audiência preliminar de justificação.

Conceder-se ao autor o Direito Material sem a devida comprovação seria por demais temeroso, isto porque poderia utilizar-se do processo para fins ilegais (fraude, simulação), afirmando, por exemplo, que o imóvel não é registrado no álbum imobiliário, ou simulando com o proprietário (que já alienou o imóvel por escrito particular, sem registro), e, com isso, obter o domínio sobre um imóvel que ocupa por prazo inferior ao legal, porque não contestada a demanda, abrir-se-á ensejo para o julgamento antecipado. Decisões desta natureza vem de encontro ao Judiciário, porquanto o Juiz tem o dever (principalmente agora com a modernização do Código de Processo Civil) “de exteriorizar seu pensamento e deixar muito claro qual prova espera, referente a quais pontos”,<sup>20</sup> buscando, incansavelmente, a comprovação dos fatos constitutivos, modificativos ou extintivos do bem da vida, objeto da ação processual.

— *a oito*, o *leading case* a ser seguido, doravante, com a reforma processual civil, é o acórdão de lavra do Tribunal de Justiça deste Estado,<sup>21</sup> sob a ementa: “*Usucapião... julgamento antecipado que se autoriza no caso, eis bem colhida a prova preliminar sobre a posse e ausente qualquer contestação* (o destaque é nosso). Retirada do ordenamento jurídico a audiência para a colheita da prova preliminar sobre a posse, é imperiosa a designação de audiência de instrução e julgamento, mesmo se ausente a contestação.

<sup>(19)</sup> Sérgio Gilberto Porto, em artigo, *Sobre a Classificação de Ações, Sentenças e Coisa Julgada*, transcrito na Revista do Ministério Público do RS 32, p. 106, e na revista *Ajuris* 61, p. 50.

<sup>(20)</sup> Cândido Rangel Dinamarco, na ob. cit., p. 134, item 100.

<sup>(21)</sup> Acórdão lavrado pela 5.<sup>a</sup> CCv do Tribunal de Justiça deste Estado, em 7.10.86, rel. o eminente Des. Sérgio Pilla da Silva, transcrito na *RJTJRS* 121/357.

### 3.2 Julgamento antecipado em face da prova inequívoca da alegação

Propugnam também os publicistas que cabe julgamento antecipado na ação de usucapião quando presente prova inequívoca da alegação, adotando-se, por analogia, o novel art. 273 do Código de Processo Civil.

Discordamos, em parte, dessa tese, já que esse dispositivo não tem o sentido de conceder tutela definitiva, mas, sim, antecipada, isto é, concede o mérito (o bem da vida, o Direito Material) liminarmente. Então, em havendo a prova inequívoca da alegação, não é o caso de julgamento antecipado, mas, sim, de antecipação do mérito (*rectius*, domínio do imóvel usucapiendo). Assim, ao ser concedida a tutela antecipada, estar-se-á outorgando ao autor da ação de usucapião o próprio domínio do imóvel, o que é expressamente vedado pelo art. 273, inciso II, § 3.º, c/c o art. 588, inciso II, primeira parte, do Código de Processo Civil.

Mas, a possibilidade *do julgamento antecipado*, embora remota (porquanto de difícil comprovação a prova inequívoca do Direito Material), pode ocorrer, mesmo se contestada a ação, por exemplo, quando as mesmas partes já discutiram a posse na ação reivindicatória, na qual foi oposta pelo requerido a exceção de usucapião. É que “por importar o acolhimento da exceção de usucapião, alegada em defesa em ação reivindicatória proposta pelas pessoas em cujo nome o imóvel se encontrava registrado, em reconhecimento da aquisição de propriedade, não lhes é possível, na ação de usucapião que se seguir àquela, reabrir a discussão e produção de provas quanto à posse *ad usucapionem*, pois tal importaria em ofensa à coisa julgada”.<sup>22</sup>

Outro caso de julgamento antecipado da lide ocorre quando as mesmas partes já haviam plejado em ação possessória, na qual o requerido (autor da ação de usucapião) comprovou que sua posse se alongava pelo lapso temporal legal, sem interrupção, sem oposição e com ânimo de dono, o que foi reconhecido na sentença de improcedência da ação possessória. É porque “aquela prova se prestava perfeitamente para confortar o julgamento da ação de usucapião, já que fora, segundo quer o recorrente, colhida em audiência, sob a vigilância das partes (as mesmas, enfatiza-se) e superior direção do juiz”.<sup>23</sup>

Nesse caso, ocorrendo a revelia, é perfeitamente cabível a outorga do bem da vida ao autor em julgamento antecipado, porque haverá (como havia na audiência preliminar de justificação de posse) prova do Direito Material já devidamente comprovado na ação possessória, vencida pelo autor da ação de usucapião.

Todavia, simples recibo de pagamento de impostos, luz, água ou declaração extrajudicial não constitui prova dos requisitos da ação de usucapião, porque “o pagamento de imposto que recai sobre o imóvel revela

(22) Acórdão da 6.ª CCv do Tribunal de Alçada deste Estado, em 6.09.90, transcrito na revista Julgados do TARGS 76, p. 331.

(23) Voto-relator do Des. Leão Neto do Carmo, no acórdão edificado pela Turma Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, citado por Nelson Luiz Pinto e Teresa Arruda Alvim Pinto, na ob. cit., p. 319, *in fine*.

a posse passiva ou a posse-encargo, em oposição à posse física ou de gozo. No conflito de ambas, deve prevalecer esta última”.<sup>24</sup>

#### 4. Conclusões

Em face do exposto, algumas conclusões podem ser edificadas:

1) não há mais na ação de usucapião a audiência preliminar de justificação de posse;

2) os representantes das Fazendas Públicas não mais são cientificados, e sim intimados para que manifestem interesse na causa;

3) a citação por edital não é mais dos réus incertos (desconhecidos), mas, sim, dos réus (proprietário, possuidor, lindeiro do imóvel usucapiendo) certos (conhecidos), mas em lugar incerto, bem como dos eventuais interessados;

4) o prazo para contestar é de 15 dias, contado da juntada do último mandado (cumprido) aos autos, ou da dilação do prazo dos citados certos por edital;

5) contestada a ação, o Juiz designará audiência de conciliação, estabelecendo os pontos controvertidos, saneando o feito, e agendando a instrução;

6) transcorrido em branco o prazo contestacional, não há razão para se designar audiência de conciliação. Desde logo, o Juiz fixará a solenidade da instrução e julgamento;

7) sem prova pré-constituída do Direito Material não mais é possível o julgamento antecipado da lide na ação de usucapião, com âncora nos incisos I e II do art. 330, isto porque, ausente a audiência preliminar, o autor não tem a mesma possibilidade, como antes, de provar, de plano, o bem da vida. Mas, se o mérito já foi debatido em outro processo (possessória ou reivindicatória), vencido pelo autor da ação de usucapião, em tese, é possível o julgamento antecipado;

8) não é possível a concessão da antecipação da tutela em ação de usucapião, mesmo quando presente a prova inequívoca do Direito Material, isto porque o parágrafo terceiro do inciso II do art. 273 do Código de Processo Civil veda expressamente a alienação, antecipada, do domínio (art. 588, inciso II, do CPC).

<sup>(24)</sup> Nelson Luiz Pinto e Teresa Arruda Alvim Pinto, na ob. cit., p. 348, citando acórdãos transcritos na RT 476/110, 507/108 e 544/98.