

Ação publiciana: da ancestralidade romana ao Direito Civil Contemporâneo – um instrumento de defesa da posse *ad usucapionem* nos Tribunais brasileiros

Gilson FERREIRA*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Ação Publiciana: uma perspectiva histórico-dogmática; 3. A questão publiciana no Direito Civil brasileiro; 4. A ação publiciana na prática judiciária: as decisões sobre o tema; 5. Algumas conclusões parciais acerca do tema; 6. Bibliografia.

RESUMO: A ação publiciana encontra-se inserida na contemporânea disciplina civil-constitucional da posse e da usucapião, num espectro mais amplo de proteção da posse, a ser admitida, assim, em qualquer modalidade usucapional, com que se garante o cumprimento da função social da posse e o patrimônio mínimo implementador da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Ação publiciana. 2. Posse. 3. Função social.

ENGLISH TITLE: Actio Publiciana: from Roman Tradition to Contemporary Private Law – A Defense Instrument of Ad Usucapionem Possession in Brazilian Courts

SUMMARY: 1. Introduction; 2. Actio Publiciana: a historical-dogmatic perspective; 3. The publician question in Brazilian Private Law; 4. Actio publiciana in judicial practice: decisions on the matter; 5. Some partial conclusions on the subject; 6. References.

ABSTRACT: The actio publiciana is inserted in the contemporary civil and constitutional discipline of possession and usucapio, in a much wider range of protection for possession, and is to be admitted, thus, in any modality of usucapio, with the purpose of guaranteeing the fulfillment of possession's social function and the minimum patrimony necessary for human dignity.

KEYWORDS: 1. Actio publiciana. 2. Possession. 3. Social function.

1. Introdução

A contemporaneidade tem feito surgir inúmeras discussões acerca de velhos institutos de direito de real, notadamente no que diz respeito à posse e à configuração da propriedade, emprestando-lhes novos ares, novos contornos.

* Doutorando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Professor de Direito Civil – Direitos Reais - da Universidade Nove de Julho – Uninove.

Tem-se buscado compreender a sua funcionalização a partir da eleição de novos paradigmas e de novas metodologias, tudo como uma via aberta com vistas à superação da crise que se instala no Direito.

É aqui, entre a posse e a propriedade, que se situa o objeto de estudo desse artigo – ação publiciana, ação de natureza petítória, tal como a ação reivindicatória, mas dela dissonante na medida em que a reivindicatória se destina a proteger a propriedade, a ação publiciana se volta para a proteção da posse.

Trata-se de uma ação de natureza real, pouco discutida de uma perspectiva teórica e até mesmo prática, o que poderia fazer pressupor a sua inexistência no direito brasileiro e nisso consiste objetivo desse artigo: apresentar uma revisão teórica da ação publiciana e buscar identificar sua repercussão nos Tribunais da Federação.

1. Ação Publiciana: uma perspectiva histórico-dogmática

No período clássico do Direito Romano, ao lado da propriedade quirítária, titularizada por um cidadão romano, existia outra situação análoga à da propriedade quirítária, a que os romanistas chamaram de propriedade bonitária ou propriedade pretoriana.¹

Tratava-se da propriedade eventualmente titularizada por um latino ou peregrino que a quem tivesse sido concedido o *ius commercii*, isto é, a ele tivesse.

A propriedade bonitária ou pretoriana se originou da tutela concedida pelo pretor ao adquirente de coisa *res Mancipi* que a recebia pela *traditio*, que não tinha o efeito jurídico de transferir a propriedade do alienante ao adquirente. Em outras palavras, o alienante conservava sua condição de proprietário da coisa, circunstância que lhe permitia reivindicá-la a qualquer tempo do adquirente.

A sempre presente possibilidade de o alienante arrepender-se da alienação e pretender a retomada da coisa sob a alegação de existência de vício de forma da transmissão da propriedade quirítária fez surgir essa nova modalidade de a propriedade: a bonitária, que representa uma medida de justiça e equidade.

Para defender-se da pretensão petítória manejada pelo titular da propriedade quirítária, o adquirente se valia da *exceptio uenditae et traditae*, concedida pelo Pretor.

¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Vol I. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 343

Esta exceção de coisa vendida e entregue tinha como principal efeito manter o adquirente na posse da coisa, sem, contudo, torná-lo proprietário dela, vez que em se tratando de propriedade quiritária a titularidade somente poderia ser adquirida por meio da usucapião. A usucapião, portanto, nesse sistema de aquisição da propriedade era por meio pelo qual a propriedade bonitária se transformava em propriedade quiritária.²

É importante perceber que, enquanto os requisitos da usucapião não se estivessem implementados, e, portanto, a usucapião não fizesse nascer o direito de propriedade para o adquirente da coisa *res Mancipi* pela configuração de seus elementos essenciais, sobre a coisa existiam duas modalidades de propriedade: a quiritária, titularizada pelo alienante e a bonitária ou pretoriana, titularizada pelo adquirente, que a exercia *in bonis habere*, situação a que se refere Gaio em suas Institutas como *duplex dominium*, conforme Margarita Fuenteseca Degenefee.³

No entanto, caso o adquirente da coisa *res Mancipi* viesse a perdê-la por ato espoliativo do alienante ou de terceiro, não contava ele com medida que lhe permitisse recuperar a coisa, trazendo-a de volta para sua esfera de disponibilidade jurídica, isto porque a tutela jurídica da exceção de coisa vendida e entregue era meio de defesa contra a retomada. Essa exceção, por não apresentar uma natureza dúplice, ou seja, não permitir que na sua estrutura fosse deduzido uma pretensão material, não permitia ao adquirente retomar a coisa, com o que se via o interessado obrigado a recorrer a outras medidas.

Na situação em que o adquirente perdia a coisa e, por conseguinte, se via privado do exercício dos poderes de uso, gozo e fruição, que houvera adquirido por meio da *traditio*, a sua recuperação se operava por meio da *actio publiciana*, criada pelo edito de um Pretor chamado Publicio e cuja fórmula tinha por pressuposto considerar o adquirente como tendo se tornado proprietário quiritário por meio da usucapião.

² A passagem da propriedade bonitária para a propriedade quiritária por meio da usucapião se explica em razão da configuração mesma da propriedade quiritária para a qual além da qualidade do seu titular, era preciso que a coisa fosse do comércio e tivesse sido adquirida pelos modos originários de aquisição, pela usucapião e para as coisas *res Mancipi* ocorresse a *traditio*. assim, somente a usucapião poderia legitimar a titularidade da propriedade bonitária. essas distinções, no entanto, desaparecem no período justiniano, quando, então a propriedade conhece um regime jurídico único, na medida em que não apenas desaparecem as formas solenes de aquisição da propriedade, mas também o *ius civile* e o *ius honorarium* se fundem como anota José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano*, p.348.

³ DEGENEFEE, Margarita Fuenteseca. *La formation romana del concepto de propiedad (dominium, proprietas e causa possessionis)*. Madrid: Editorial Dykinson, 2004, pp. 159-160.

A ação publiciana, portanto, considerava ficticiamente, que o proprietário bonitário já houvesse implementado todas as condições necessárias para a aquisição da propriedade quirítária por meio da usucapião. A ação publiciana, nesse compasso, se aproxima da ação reivindicatória, no ponto em que permite a recuperação da coisa fundada na titularidade da propriedade, ao menos aparente.

Assim como o proprietário quiritário se vale da *rei vindicatio* para retomar a coisa fundada na titularidade da propriedade quirítária, o proprietário bonitário se vale da *actio publiciana* para recuperar a coisa, ainda que não tenha ele implementado o prazo da usucapião.⁴

Por meio, portanto, da ação publiciana o proprietário bonitário poderia recuperar a posse da coisa perdida por ato espoliativo de terceiro, por isso, a natureza reivindicatória dessa ação, cujo pedido, assim, se centrava no fato de exercer posse com qualidades usucapionais, isto é, revestida das características da posse *ad usucapionem*.

A fórmula pretoriana estabelecia uma ficção de propriedade, pois considerava como tendo já se completado o prazo da usucapião, ainda que não o tivesse. Essa circunstância ficcional permitiu garantir uma proteção da posse mais efetiva contra a investida de terceiros.

Essa garantia dada pela ação publiciana na estrutura da tutela da posse somente pode ser compreendida quando se tem em vista a amplitude de atuação do pretor e a extensão do seu *imperium*. O pretor poderia, porque necessário ou oportuno, atuar contra o direito quiritário, ou, nas mesmas condições de necessidade e oportunidade, tutelar direitos não reconhecidos pelo direito quiritário.

Unificadas, no período pós-clássico, as diferentes modalidades de propriedade que o Direito Romano conheceu e superando-se a separação entre o *ius civile* e o *ius honorarium*, a ação publiciana passou a ser empregada apenas nos casos em que a alienação se dava por quem não fosse proprietário da coisa; manteve-se apenas a *traditio* como forma de transmissão, disso decorrendo a supressão das formas solenes de transmissão.

Embalada no berço da equidade, a proteção à posse exercida com fundamento no justo título e por quem estivesse de boa-fé se consolidou na jurisprudência romana sob a

⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Vol i. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 345.

forma de uma propriedade putativa como a ela se refere Teixeira de Freitas ao apresentar em sua *Consolidação das Leis Cíveis* as várias perspectivas pelas quais se poderia encarar o fenômeno possessório, isto porque não se pode pensar em putatividade sem a presença da boa-fé, como aquele elemento anímico de aspecto ético, primordialmente.⁵

Vale lembrar nesse ponto, que a boa-fé que se vê articulada na posse, até mesmo na concepção de Teixeira de Freitas é a boa-fé romana e não aquela noção de boa-fé que o processo de positivação ocorrido no século XIX trará para os códigos modernos, no sentido psicológico do termo, porquanto até a entrada em vigor do Código Beviláqua, a civilística nacional era orientada pelas Ordenações Filipinas, que representaram um modelo jurídico e mental medieval, marcadamente canônico.

3. A questão publiciana no Direito Civil brasileiro

Não se encontrava no Código Civil de 1916 qualquer referência normativa à ação publiciana assim como não se a encontra, no atual Código Civil, que manteve a simetria com o Código revogado na disciplina normativa dos Direitos Reais.

Dos clássicos, vale lembrar a lição de Washington de Barros Monteiro para quem a ação reivindicatória não se confunde com a publiciana na medida em que esta ação é tutela jurídica que se defere ao possuidor de boa-fé que está em vias de prescrever aquisitivamente, ou seja, está prestes a adquirir a propriedade pela usucapião.⁶

Segundo o autor, com apoio em acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (...) “a ação publiciana tem o mesmo fim que a reivindicação, a restituição da coisa, mas com fundamento diverso, a posse apta para a prescrição e não o domínio, donde decorre ser imprescindível que o autor [da ação] reúna as condições de posse hábil, justo título e boa-fé, salvo no caso de usucapião extraordinário, em que se dispensam o justo título e a boa-fé.”⁷

Sobre a recepção da ação publiciana no Direito Civil brasileiro de 1916, escreveu Pontes de Miranda que a eventual omissão legislativa do Código não poderia implicar na sua negativa, especialmente porque no Direito Civil anterior, isto é, no Direito Reinal

⁵ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis cíveis*. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. 2v. (Coleção “História do direito brasileiro”. Direito civil), p. (p. clviii e clix).

⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Da ação de reivindicação*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 1965, v. 60, p. 153 (pp. 148-164).

⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Id. Ibid.*

vigente até a entrada em vigor do Código Civil de 1916, a presença da herança romano-canônica protetiva da posse de boa-fé era marcante.

Nessa estrutura jurídico-normativa então vigente a ação publiciana tinha seu assentamento garantido por tradição e por continuísmo histórico-jurídico. Repercutiu, portanto, a mesma questão contemporaneamente, isto porque o Código Civil em vigor tal como seu antecessor não fez qualquer referência normativa à ação publiciana ou ação de vindicação da posse, o que permite concluir que permanência na civilística, nacional do direito publiciano.⁸

Em sentido contrário, está a lição de Clóvis Beviláqua observando que a civilística brasileira:

“(...) não reconhece como proprietário o possuidor de boa (*sic*)-fé e com os requisitos exigidos da usucapião (*sic*) não consumado, que poderá não se consumir. Em face da lei, diz o autor, somente o usucapião consumado gera propriedade; antes desse momento o proprietário é o titular do direito, e a situação, está, apenas em vias de formação. A acção (*sic*) publiciana, autorizando a reivindicação do imóvel (*sic*) com fundamento na suposição (*sic*) de que o usucapião (*sic*) começado já se acha consumado não se compadece com os princípios jurídicos dominantes em nosso direito. O possuidor desapossado usa da acção (*sic*) possessória, que no caso couber.”⁹

Na passagem do Direito Romano para o Direito Moderno, a ficção cedeu seu lugar à realidade e nesse compasso, se reafirma a presença da ação publiciana quando já implementada a usucapião e, portanto, quando já adquirida a propriedade, que apenas não se acha formalizada.

A ação publiciana no Direito Moderno assume aspectos protetivos de uma situação jurídica de paradominalidade, isto é, protege-se uma situação proprietária que ainda não se formalizou, porque embora o fato jurídico que lhe está na base já tenha ingressado na ordem jurídica, o título que a regulariza ainda não se produziu com a sentença declaratória da usucapião.

⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, tomo XI, PP. 162-163.

⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 196.

4. A ação publiciana na prática judiciária: as decisões sobre o tema

Considerado o banco de dados disponibilizado pelos 27 (vinte e sete) Tribunais de Justiça da Federação, em suas respectivas páginas eletrônicas, foram encontradas referências à ação publiciana em apenas 7 (sete) Tribunais de Justiça: Mato Grosso, Paraíba, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo. No Tribunal de Justiça do Mato Grosso encontram-se 41 (quarenta e um) acórdãos referindo-se à ação publiciana, sendo 20 (vinte) decisões colegiadas e 21 (vinte e uma) decisões monocráticas. Das decisões colegiadas, 13 (treze) foram julgados pela 5ª Câmara de Cível, em 28 de abril de 2010, todos eles da pena do Des. Rel. Leônidas Duarte Monteiro, todos eles assim ementados:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE USUCAPIÃO CONSTITUCIONAL RURAL - PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA IMPROCEDENTE - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS QUE JUSTIFICAM A AQUISIÇÃO DO DOMÍNIO ATRAVÉS DE USUCAPIÃO - RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. Não há nulidade da sentença pela incompetência do juízo, por suposto interesse da União, se este inexistente. A ação de usucapião, também chamada de ação *publiciana*, como forma de aquisição do domínio, exige a concorrência dos elementos legais como a “pacificidade” da posse ininterrupta e exercida com *animus domini*; decurso do prazo previsto em lei; presunção *juris et de jure* de boa fé e justo título; fala-se ainda em *res habilis* -coisa hábil, isto é, que não seja fora de comércio. A confluência dos requisitos deve ocorrer em qualquer forma de usucapião, seja ordinário, extraordinário ou especial, segundo as normas do Código Civil e dos artigos 183 e 191 da Constituição Federal.¹⁰

As decisões monocráticas encontradas foram produzidas em série pela 1ª Câmara Cível em julgamento realizado em 29 de abril de 2010, emergindo as decisões da pena do Des. Rel. Jurandir Florêncio de Castilho. Apontadas decisões examinam o problema da

¹⁰ Confirmam-se os acórdãos: 0078726-93.2009.8.11.0000 - 78726 / 2009; 0078799-65.2009.8.11.0000 - 78799 / 2009; 0078571-90.2009.8.11.0000 - 78571 / 2009; 0078876-74.2009.8.11.0000 - 78876 / 2009; 0078877-59.2009.8.11.0000 - 78877 / 2009; 0079063-82.2009.8.11.0000 - 79063 / 2009; 0079514-10.2009.8.11.0000 - 79514 / 2009; 0079635-38.2009.8.11.0000 - 79635 / 2009; 0079706-40.2009.8.11.0000 - 79706 / 2009; 0080168-94.2009.8.11.0000 - 80168 / 2009; 0080070-12.2009.8.11.0000 - 80070 / 2009; 0079922-98.2009.8.11.0000 - 79922 / 2009; 0079713-32.2009.8.11.0000 - 79713 / 2009.

produção de prova em ação publiciana.¹¹

No Tribunal de Justiça da Paraíba, há apenas uma referência à ação publiciana no acórdão do Pleno daquela Corte, produzido em 6 de julho de 2012, da lavra do Des. Rel. Saulo Henrique de Sá e Benevides, acórdão cuja ementa reproduz a decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso e da qual deriva, por consequência, a equiparação da ação publiciana à ação de usucapião, sem maiores digressões a respeito do tema.¹²

No banco de dados do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná acham-se disponíveis dois acórdãos produzidos pela 17^a Câmara Cível, ambos da relatoria do Des. Rel. Stewalt Camargo Filho; o primeiro julgado em 24 de maio de 2012 e o segundo, em 13 de fevereiro de 2013. Do primeiro acórdão, que trata pontualmente da questão publiciana extrai-se razões de decidir que:

“(...) a ação publiciana é o instrumento cabível ao caso em a requerente já adquiriu a propriedade da coisa, mas esta não foi declarada em sentença e, antes disso, essa mesma pessoa perde a posse mediante esbulho. (...) A ação publiciana exige 3 requisitos para o seu deferimento: (1) que tenha ocorrido o tempo suficiente para ensejar a usucapião, (2) que não haja ação de usucapião pendente e (3) que haja perda do exercício da posse direta pelo autor.”¹³

Decota-se que não se toma ação publiciana como sinônimo de ação de usucapião; ao reverso, a Câmara mantém-se fiel à lição dos clássicos ao manter a simetria dessa ação com a ação reivindicatória. Destinam-se ambas a recuperar a coisa que foi tirada da esfera de disponibilidade jurídica do seu titular, mas sob diverso fundamento.

¹¹ Confiram-se as decisões monocráticas: 0078796-13.2009.8.11.0000 - 78796 / 2009; 0078797-95.2009.8.11.0000 - 78797 / 2009; 0078802-20.2009.8.11.0000 - 78802 / 2009; 0078880-14.2009.8.11.0000 - 78880 / 2009; 0079020-48.2009.8.11.0000 - 79020 / 2009; 0079024-85.2009.8.11.0000 - 79024 / 2009; 0079057-75.2009.8.11.0000 - 79057 / 2009; 0079597-26.2009.8.11.0000 - 79597 / 2009; 0079602-48.2009.8.11.0000 - 79602 / 2009; 0079605-03.2009.8.11.0000 - 79605 / 2009; 0079785-19.2009.8.11.0000 - 79785 / 2009; 0079881-34.2009.8.11.0000 - 79881 / 2009; 0079910-84.2009.8.11.0000 - 79910 / 2009; 0079923-83.2009.8.11.0000 - 79923 / 2009; 0079924-68.2009.8.11.0000 - 79924 / 2009; 0079958-43.2009.8.11.0000 - 79958 / 2009; 0080052-88.2009.8.11.0000 - 80052 / 2009; 0080053-73.2009.8.11.0000 - 80053 / 2009; 0080055-43.2009.8.11.0000 - 80055 / 2009; 0080062-35.2009.8.11.0000 - 80062 / 2009; 0080175-86.2009.8.11.0000 - 80175 / 2009.

¹² Confira-se o acórdão: 02620110005548001.

¹³ Confiram-se os acórdãos: 865281-9 E 865281-9.

Do acervo do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, colhe-se apenas um acórdão cuidando da ação publiciana. Trata-se do acórdão proferido pela 14^a Câmara Cível, no julgamento da Apelação Cível n.º 0001545-68.2011.8.19.0082, da relatoria do Des. Gilberto Campista Guarino, que julgou improcedente o pedido publiciano ao argumento de não ter se verificado seus pressupostos, quais sejam: “(1) tempo suficiente para ensejar a usucapião, (2) que não haja ação de usucapião pendente e (3) perda do exercício da posse direta pelo autor.”

Afirma o acórdão que “De tudo se extrai que, se o usucapiente, uma vez transcorrido o prazo para a usucapião ainda não declarada, sofre esbulho e vem a perder a posse, terá de recuperá-la pela via publiciana”.¹⁴

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por sua vez, foram encontrados 10 (dez) acórdãos sobre o tema; apresentando-se eles com datas espaçadas entre si, sendo um, datado de 1982; um, de 1985; um, de 1987; um, de 2008; um, de 2010; um, de 2011; um, de 2012 e dois, de 2013. Seis acórdãos espelham o julgamento de apelações cíveis, três acórdãos resultaram do julgamento de Agravo de Instrumento e um acórdão, do julgamento de Ação Rescisória.

As decisões coletadas no repertório do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tratam a ação publiciana em forte associação com a exceção de usucapião admitida pelo do Direito anterior ao argumento de que “a denominada ação publiciana é pretensão de direito material daquele possuidor sem título dominial que, num mesmo processo, objetiva a declaração de domínio pela usucapião como pressuposto silogístico para a reivindicação da coisa esbulhada (grifos do original)”.¹⁵

No Tribunal de Justiça de Santa Catarina estão disponíveis 13 (treze) referências à ação publiciana em 3 (três) acórdãos datados de 1997; um, de 2003; um, de 2006; um, de 2007; um, de 2008; dois, de 2009; um, de 2010 e dois de 2011.¹⁶

Merece destaque nesse inventário, o acórdão proferido na Apelação Cível de n.º 2008.081159-3, da Comarca de Palhoça, em que o Des. Rel. Sergio Roberto Baasch Luz

¹⁴ TJRJ. Ap. Civ 0001545-68.2011.8.19.0082; 14^a C.C. Rel. Des. Gilberto Campista Guarino, j. em 9 de outubro de 2013.

¹⁵ TJRS. A. I. n.º 70050016930. 20^a C.C. Rel. Des. Carlos Cimi Marchionatti, j. 12 de dezembro de 2012.

¹⁶ Confirmam-se os acórdãos: 2011.066942-0; 2007.059747-0; 2009.062040-7; 2008.081159-3; 2008.044191-8; 2005.003032-1; 2007.063125-3; 2005.030722-2; 2005.040598-2; 2002.006467-5; 1997.005184-0; 1997.005264-2; 1996.003755-1.

reconhece a legitimidade ativa do possuidor *ad usucapionem* para o maneja da ação demarcatória da posse e o faz sob o argumento segundo, o qual:

“Cabe a demarcação, portanto, em favor do possuidor, tanto nas circunstâncias da posse *ad usucapionem* como da posse que ainda não perfez o prazo da prescrição aquisitiva, mas que merece a tutela da ação publiciana. O possuidor de boa-fé, com prescrição já cumprida, ou com posse longa, é proprietário em face e contra todo mundo, menos somente contra o verdadeiro proprietário.”¹⁷

A razão é esta: aquele que usucapiu é um proprietário como qualquer outro e aquele que está em vias de usucapir se equipara a tanto, ainda que tanto numa e quanto noutra situação, não haja título escrito, ainda assim é um *dominus* no mundo dos fatos e do direito. A titularidade da situação jurídica dominial se mantém com a posse ou a despeito de não mais ter posse.

Do Tribunal de Justiça de São Paulo, colhem-se 27 (vinte e sete) referências à ação publiciana. A mais relevante dessas referências, pela profundidade de análise e por enfrentar a questão publiciana, encontra-se no acórdão produzido pelo Rel. Des. Francisco Loureiro no julgamento da Ap. Civ. nº 0004612-38.2009.8.26.0366, na 6ª Câmara de Direito Privado.¹⁸

Principia o acórdão por retomar a lição dos clássicos em torno da distinção da posse e da propriedade e, por conseguinte a distinção entre a recuperação da coisa fundada no *ius possidendi* que consiste no direito à posse decorrente de uma preexistente relação jurídica em que se funda o exercício dos poderes de gestão sobre a coisa e o *ius possessionis*, como expressão dos efeitos que decorrem do fato da posse, como uma ocorrência autônoma e independente de qualquer titulação, disso derivando a diferença entre o juízo petitório e o juízo possessório.

Essa distinção retratada no acórdão é uma significativa premissa que se assenta para compreender a uma, a natureza jurídica da ação publiciana e a duas, a sua distinção em relação às ações possessórias, considerando que a ação publiciana tem por fundamento

¹⁷ TJSC. Ap. Civ. nº 2008.081159-3, 1ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Sergio Roberto Baasch Luz, j. 29 de setembro de 2009.

¹⁸ TJSP, Ap. Civ. nº 0004612-38.2009.8.26.0366, 6ª Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Francisco Loureiro, j. em 30 de março de 2013.

o fato da posse *ad usucapionem*, que tanto pode derivar uma relação jurídica previamente titulada, como no caso da usucapião ordinária, ou pode derivar do fato da posse de per si, como no caso das demais modalidades usucapionais, isto é, a usucapião extraordinária e mesmo as modalidades especiais, como a rural e urbana, previstas no Código Civil nos artigos 1.238, 1. 239 e 1340.

Sustenta o acórdão que aquele que tem a posse *ad usucapionem* da qual derivou o direito de propriedade pelo transcurso do tempo necessário para a aquisição originária da propriedade deve, como condição primeira, para a dedução da pretensão recuperatória da coisa pela ação publiciana demonstrar que tem posse *ad usucapionem*, que é titular do direito de propriedade pelo o preenchimento dos requisitos da usucapião e que perdeu a posse da coisa por ato de terceiro.

A ação publiciana são se satisfaz com a alegação genérica da preexistência da posse e da sua consequente perda, porque como se extrai do acórdão:

“O possuidor adquire a propriedade a título originário no instante em que completa o lapso temporal exigido em lei, preenchidos os demais requisitos. Antes mesmo do registro da sentença, a propriedade já é do usucapiente, mas a titularidade remanesce formalmente com o proprietário. Por esse motivo, é possível, em tese, que o possuidor com prazo de usucapião completo proponha uma ação reivindicatória (ou petitória), mesmo que desprovido de sentença declaratória de usucapião. Isso porque, como ressaltado alhures, a propriedade já foi adquirida bem antes da sentença [declaratória de usucapião].”

No Supremo Tribunal Federal encontram-se registrados em seu acervo eletrônico 5 (cinco) acórdãos, datados do tempo em que a mais alta Corte do país tinha competência para uniformizar a jurisprudência e examinar as hipóteses e negativa de vigência de lei federal, temas que a partir da Constituição da República passaram a ser do Superior Tribunal de Justiça.

O primeiro acórdão¹⁹ sobre o tema da ação publiciana discute, em caráter preliminar a problemática da formação do título dominial, especialmente quanto aos aspectos formais exigidos pela legislação em vigor à época e partir disso, seu principal efeito que

¹⁹ STF. R.E. nº 10604, de São Paulo, da 2ª Turma, Rel. Min. Orozimbo Nonato, j. em 25 de julho de 1950.

é o de permitir a reivindicação da coisa para concluir que “Nula, como foi a transcrição, é inoperante de efeitos jurídicos. Não pode reivindicar quem não tem título (...)”.

Observa, ainda, o Relator desse acórdão que os autores da ação reivindicatória, cautelosamente, fizeram derivar do pedido reivindicatório, também, o pedido publiciano. No entanto, salienta o Relator que essa derivação, com a qual não se confunde a cumulação de pedidos, se deu a partir do mesmo fundamento – o domínio. Dito de outra forma, fundada no domínio, a recuperação bem poderia se dar com base nele ou com base na posse exercidas há longos anos e já em vias de prescrição.

Apoiado na lição de Lafaiete Pereira Rodrigues afirma o Relator que com a remodelação da ação publiciana à luz da ação reivindicatória era preciso a demonstração inequívoca da preexistência de posse hábil a gerar a usucapião, isto é, o exercício efetivo de posse mansa, pacífica, ininterrupta, justo título e boa fé para o caso da usucapião ordinária, ou a despeito desses dois últimos requisitos quando se tratasse de usucapião extraordinária. O reconhecimento desse fato – posse *ad usucapionem* – aliado à demonstração da posse traria como consequência jurídica inafastável o direito à recuperação da coisa.

E nesse sentido, para o desate da questão apresentada no acórdão, a Turma Julgadora reconheceu que, ainda quando e se fosse possível o reconhecimento da validade dos títulos dominiais, o exercício da posse *ad usucapionem* não ficou demonstrada, senão apenas a posse *ad interdicta*, que não produz, necessariamente, o efeito aquisitivo dominial, salvo quando se qualifica na forma estabelecida pela lei, quando então se operaria a passagem da posse *ad interdicta* em posse *ad usucapionem*.

O segundo acórdão proveniente também da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal,²⁰ num tom um pouco mais rigoroso, está a exigir para a ação publiciana como mecanismo de recuperação da coisa, a sua aquisição a justo título e de boa-fé uma coisa, estabelecendo como seu pressuposto a aquisição a *nom domino* e começando a usucapir, a perde acidentalmente.

Observa nesse ponto o acórdão que a posse dispensa as qualidades usucapionais quando resultar de direito hereditário, na medida em que nessa situação jurídica aposse e o domínio se transmitem automaticamente, independentemente de qualquer

²⁰ STF. R.E. nº32613, de São Paulo, da 2ª Turma, Rel. Min. Lafayette de Andrada, j.04/12/1956

ato do herdeiro. Assenta, também, o acórdão a presença da boa-fé, ao menos no início da posse e justa causa, representa pelo título em que se funda a aquisição da coisa.

O Min. Luis Gallotti afirmou em acórdão da sua lavra que “(...) a ação publiciana, simétrica à reivindicatória, fundada em direito que está entre a posse e a propriedade, semelhante, mas não igual a este (*sic*).”²¹ Funda-se, segundo o Ministro, numa titularidade putativa de domínio que não leva ao despojamento do proprietário, mas ao não alijamento daquele que tem o direito publiciano contra terceiro que não tem melhor título.

Exige o acórdão, repetindo a lição de Pontes de Miranda e espelhando as origens romanas da ação publiciana, a preexistência de justo título e de boa-fé, não apenas no momento da produção do título, mas também no momento da aquisição da posse.

Disso derivando, portanto, que a legitimidade ativa para o manejo da ação publiciana está com aquele que tendo uma coisa sobre a qual possa adquirir o direito de propriedade por meio da usucapião, se apóia em justo título e boa-fé.

No entanto, não se pode perder de vista que a despeito da raridade da ação publiciana na prática judiciária, como se viu do exame dos acórdãos indicados, como mecanismo de proteção da posse *ad usucapionem*, ela não pode se limitar apenas àquelas hipóteses em que ocorreria a usucapião ordinária, isto é, às situações de posse fundada em justo título e boa-fé.

A questão primordial da ação publiciana está na proteção do efeito jurídico decorrente da posse *ad usucapionem*, representado pelo domínio imperfeito, a ser compreendido como aquele que resulta da conjugação de todos os elementos – objetivos e subjetivos – exigidos para a configuração da posse *ad usucapionem*.

5. Algumas conclusões parciais acerca do tema

Do exame dos acórdãos registrados até o momento nas páginas eletrônicas oficiais do Tribunais da Federação é possível extrair as seguintes conclusões acerca da ação publiciana no Direito Civil brasileiro e de sua percepção nos Tribunais:

²¹ STF. R.E. n^o71636, Rio Grande do Sul, DA 1^a Turma, Rel. Min. Luiz Gallotti, j.11/05/1971.

I – Apesar da tradição e do continuísmo histórico-jurídico que se observa no âmbito do Direito Civil nacional, notadamente, em relação ao Direito das Coisas, a ação publiciana, tal como construída no Direito Romano Clássico sofreu uma transformação radical, na passagem da fase de codificação do Direito Civil no Brasil, ao fundar a pretensão recuperatória da coisa não na ficção da condição de proprietário, presente no direito pretoriano, mas na consumada aquisição imperfeita da propriedade pelo decurso do tempo da usucapião.

II – Em razão dessa circunstância, a ação publiciana aproximou-se da ação de usucapião e a tal ponto de alguns Tribunais da Federação terem assentado verdadeira sinonímia entre essas duas formas de tutela da situação jurídica decorrente da posse *ad usucapionem*.

III – Eventual sinonímia que se tenha estabelecido não parece ser exata na medida em que a ação publiciana se destina a recuperar a coisa esbulhada; ao passo que a ação de usucapião busca não a restituição da coisa, mas a atestação do fato de o direito de propriedade haver nascido para aquele que exerce a posse *ad usucapionem*.

IV - Na tutela da posse *ad usucapionem* pela ação publiciana, a declaração de domínio em favor do usucapiente se dá apenas de forma incidental, como antecedente lógico e necessário para a recuperação da coisa perdida, que é a finalidade última dessa pretensão de direito material, o que, possivelmente, explica os elementos configuradores da ação publiciana serem, com frequência, repercutidos e reproduzidos nos acórdãos examinados.

V - A ação publiciana não produz, portanto, os mesmos efeitos da ação de usucapião, o que significa dizer que mesmo vencedor na demanda publiciana o possuidor que, após ter cumprido o período aquisitivo para a obtenção da propriedade e ter reavido a coisa da qual foi desapossado por força de esbulho, deve manejar a ação de usucapião para a formação do título aquisitivo da propriedade.

VI - Representa, a ação publiciana, assim, um mecanismo protetivo da posse no seu mais alto grau de qualificação, que é a posse *ad usucapionem*, momento da posse em que ela se aproxima da situação proprietária, mas ainda não perfectibilizada e por isso tem seus pressupostos próprios, extraídos do confronto dos artigos 1.228 e 1.238, do Código Civil.

VI – A infreqüência que se observa no manejo da ação publiciana pode ser explicada pela circunstância de, nos manuais escolares contemporâneos haver pouca referência a esse tipo de tutela jurídica da posse *ad usucapionem*, o que não acontece nos autores oitocentistas de Direito Civil pela direta e imediata influência do Direito Romano até então em vigor no Brasil.

VII – Outra causa possível para a pouca presença da ação publiciana do cenário jurisdicional pode estar relacionada ao fato de a posse *ad interdicta* ser mais facilmente protegida e demonstrada do que a posse *ad usucapionem*, isto porque embora toda posse *ad usucapionem* possa ser protegida por meio dos interditos possessórios, nem sempre a posse *ad interdicta* se reveste das qualidades necessárias para ser protegida pela ação publiciana.

VIII - A ação publiciana se insere, portanto, à luz da contemporânea quadradura civil-constitucional da posse e da usucapião, num espectro mais amplo de proteção da posse, a ser admitida, assim, em qualquer modalidade usucapional, com que se garante o cumprimento da função social da posse e o patrimônio mínimo implementador da dignidade da pessoa humana.

6. Bibliografia

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. vol I. São Paulo:Saraiva, 1983.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. Brasília a: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.
- DEGENEFEE, Margarita Fuenteseca. *La formation romana del concepto de propiedad (dominium, proprietas e causa possessionis)*. Madrid: Editorial Dykinson, 2004.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. 2v. (Coleção “História do Direito brasileiro”. Direito Civil).
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, Tomo XI.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Da Ação de Reivindicação*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 1965, v. 60, p. 153.
- STF. R.E. nº 10604, de São Paulo, da 2ª Turma, Rel. Min. Orozimbo Nonato, j. em 25 de julho de 1950.
- _____. R.E. nº32613, de São Paulo, da 2ª Turma, rel. min. Lafayette De Andrada,

j.04/12/1956.

_____. R.E. nº71636, Rio Grande do Sul, da 1ª Turma, rel. min. Luiz Gallotti,
j.11/05/1971.

TJRJ. Ap. Civ nº 0001545-68.2011.8.19.0082; 14ª CC.. Rel. Des. Gilberto Campista
Guarino, j. em 9 de outubro de 2013.

TJRS. A. I. nº 70050016930. 20ª C.C. rel. des. Carlos Cimi Marchionatti j. 12 de
dezembro de 2012.

TJSC. Ap. Civ. nº 2008.081159-3, 1ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Sergio
Roberto Baasch Luz, j. 29 de setembro de 2009.

16

TJSP, Ap. Civ. nº 0004612-38.2009.8.26.0366, 6ª Câmara de Direito Privado; Rel.
Des. Francisco Loureiro, j. em 30 de março de 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte: Del
Rey, 2008.

civilistica.com

Recebido em: 27.1.2014

Aprovado em:

30.7.2014 (1º parecer)

31.7.2014 (2º parecer)

Como citar: FERREIRA, Gilson. Ação publiciana: da ancestralidade romana ao direito civil contemporâneo – um instrumento de defesa da posse ad usucapionem nos Tribunais brasileiros. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/acao-publiciana/>>. Data de acesso.