

Regime jurídico dos espaços territoriais

José Roberto Fernandes Castilho

(Departamento de Planejamento, Urbanismo e Ambiente da
FCT/Unesp)

Apostila destinada aos alunos de Arquitetura e Urbanismo, Engenharia Ambiental e
Engenharia Cartográfica e de Agrimensura da FCT/Unesp

Presidente Prudente

2020

Sumário

I. Regime jurídico dos espaços territoriais

1. Introdução
2. Bens públicos/privados
3. Bens de interesse público
4. Imóveis urbanos/rurais
5. Zona de expansão urbana
6. Propriedade/posse
7. Detenção
8. Alguns cruzamentos possíveis

Referências bibliográficas

Textos anexos –

1. Visão do Direito
2. *Lex Poetelia Papiria*
3. A propriedade é o roubo

II. Alteração de limites: dos deuses aos homens

1. Uma longa tradição
2. Da usurpação: posse e propriedade
3. Da alteração de limites

1. Regime jurídico dos espaços territoriais¹

O verdadeiro fundador da sociedade civil foi o primeiro que, tendo cercado um terreno, lembrou-se de dizer *isto é meu* e encontrou pessoas suficientemente simples para acreditá-lo. Quantos crimes, guerras, assassínios, misérias e horrores não pouparia ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, tivesse gritado a seus semelhantes: “Defendei-vos de ouvir esse impostor; estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos e que a terra não pertence a ninguém!”

Rousseau, *Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens* (1754)

1. Introdução

Este texto trata de recortes e distinções feitos pelo Direito na fisionomia da paisagem.

Do ponto de vista jurídico, o território não é um *continuum* extenso, vago e indefinido, que recebe e suporta as atividades humanas, as cidades, o campo e os biomas da superfície, com toda sua biodiversidade (Amazônia, Caatinga, Cerrado, Mata Atlântica, Pampa e Pantanal). As extensões territoriais ganham diversas qualificações jurídicas conforme a lei e o Direito que, ao contrário daquelas, com suas características próprias, são *invisíveis* ou *indetectáveis* para a maioria das pessoas. Referindo-se a episódio da Segunda Guerra quando feixes de raios infravermelhos foram usados para garantir a segurança dos segredos, observa bem José Cretella Júnior: “os que se iniciam no estudo do direito assemelham-se àqueles homens que, preparados pela técnica, passaram a ver o que não viam antes [os raios]. Assim ocorre com que se prepara para entrar no mundo jurídico, emaranhado sistemático de feixes de normas jurídicas”².

O Direito como que coloca “lentes especiais” no observador para ver realidade. De fato, quando se examina uma foto aérea de um território qualquer logo se

¹ Texto escrito a partir de anotações de aulas destinadas aos alunos dos cursos de graduação em Arquitetura e Urbanismo, Engenharia Ambiental e Engenharia Cartográfica e de Agrimensura da FCT/Unesp, em 2019/20.

² *Introdução ao estudo do direito*, p. 7

constata a existência de bens públicos (rodovias, rios) e particulares, de cidades – com lotes e ruas - e outros assentamentos populacionais (margens habitadas de uma represa, por exemplo) e áreas destinadas à exploração agropecuária, reservas florestais, etc, que podem estar na *propriedade* legítima de particulares ou não, mesmo que particulares explorem certo imóvel: não se saberá, *a priori*, a que título, ou seja, o que vincula aquela pessoa àquela específica área. Cada um desses espaços ganha uma qualificação jurídica própria, quer dizer, tem um regime jurídico próprio, que trataremos brevemente neste texto de síntese.

Dar o regime jurídico será isto: qualificar e, assim, indicar o “conjunto das notas típicas ou conjunto das conotações do instituto jurídico” (Cretella Júnior). O território, então, sendo recortado por diversos modos, terá diversos regimes jurídicos, conforme a porção dele considerada: se a Cartografia é a tecnologia de representação precisa e expressiva do espaço territorial, será necessário ao cartógrafo compreender os espaços conforme seu regime jurídico porque, do contrário, o leitor da carta poderá ser levado a erro e carta, então, será *mendaz*. Na grande escala, isto ocorrerá ao se confundir a área do lote com o passeio fronteiro ou a área total de um imóvel rural com a área tributável do mesmo imóvel, por exemplo. As qualificações jurídicas diferem dependendo da incidência normativa.

Para definirmos o regime jurídico aplicável, faremos um quadro inicial geral que apresenta uma primeira classificação dos espaços (com base em três critérios), e que, depois, será desdobrado em vários outros porque eles concentram a informação:

Quadro 1 – Classificação geral dos espaços

	Regime jurídico	<i>Tertium genus</i>
a) quanto ao titular	Públicos/privados	De interesse público
b) quanto à destinação	Urbanos/rurais	Situados em zona de expansão urbana
c) quanto à qualificação jurídica	Propriedade/posse	Detenção

É importante destacar que trataremos apenas de *espaços territoriais*, ou melhor, de bens imóveis cuja forma mais acabada é a propriedade fundiária (*fundus* em latim significa basicamente imóvel, bem de raiz, terras em geral, e daí as expressões conflitos fundiários, regularização fundiária, estrutura fundiária, etc). Separando-o dos bens móveis, o Código Civil apresenta uma definição de bem imóvel no art. 79, que é a seguinte: “São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente”³. Veja-se, portanto, que o solo urbano ou rural será sempre bem imóvel, por natureza, assim como aquilo que a ele for incorporado como edificações, muros, poços, etc. Como diz o texto legal, o bem será imóvel (a) por natureza (que é o solo natural) ou (b) por acessão natural ou artificial. Em outras palavras, construções e

³ Já o art. 82 dirá: “São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social”.

plantações lançadas sobre o solo natural são bens imóveis: uma árvore, por exemplo, que não pode ser retirada sem destruição ou dano (o que caracteriza os bens móveis, que são, precisamente, “*removíveis*”). Além do solo, tudo o que o homem incorpora permanentemente ao solo torna-se *imóvel por acessão*, implicando duração temporal.

Ensina Caio Mário da Silva Pereira, “a rigor, imóvel por natureza é apenas o solo, pois que as árvores e tudo mais que ao terreno é aderente, só permanecem imóveis porque normalmente se lhe ligam (...) Mas, tendo em vista que, em estado normal, determinados bens são fixos, consideram-se por isto mesmo imóveis”. O mesmo autor, ao tratar dos imóveis por acessão faz uma distinção relevante: serão imóveis “as construções, os edifícios definitivos, que não podem ser removidos sem dano, as pontes, viadutos, obras pesadas aderentes à terra”. No entanto, “não são consideradas nesta classe as construções ligeiras, que se levantam no solo ou se ligam a edifícios permanentes, e que se destinam à remoção ou retirada, como as barracas de feira, os pavilhões de circos, os parques de diversões que se prendem ao chão por estacas, mas que para própria utilização devem ser retirados e conduzidos para outro local”⁴. Ou seja, a chamada “obra efêmera” que é, por definição, *transitória*, não é considerada imóvel - como são os quiosques (de múltiplas finalidades), estufas e “*parklets*”. Portanto:

Quadro 2 – Bens móveis/imóveis

Bens imóveis	Solo natural e acessões permanentes	Construções, plantações, etc
Bens móveis	Obras efêmeras	Quiosques, barracas, etc

Bem ao contrário do uso corrente da expressão, “*acessão*” (= aderência de uma coisa à outra), juridicamente, não é “*benfeitoria*”. Não são termos sinônimos. Benfeitoria, na forma do Código Civil (art. 96), são obras e despesas que se fazem em bem móvel ou imóvel para conservá-lo, melhorá-lo ou embelezá-lo porque, como “*melhoramentos*”, podem ser necessárias, úteis ou voluptuárias, não abrangendo aquilo que é lançado ao solo de modo definitivo, como são as construções. O imóvel como um todo, já edificado, é que pode ou deve receber benfeitorias, que são bens acessórios de outro que será o principal (a classificação dos bens reciprocamente considerados está nos arts. 92/97 do CC).

De outro lado, não se pode considerar que, além do *solo*, o *subsolo* e *supersolo* (o que está abaixo e acima do solo natural) sejam também integrantes do solo natural como entendiam os romanos (para eles, a propriedade imobiliária ia *usque ad sidera e usque ad inferos*). A respeito do subsolo, há diversas restrições ou limitações, como, por exemplo, as jazidas minerais ou arqueológicas e as cavidades naturais subterrâneas que são de propriedade da União e não acompanham a propriedade fundiária (art. 20/IX e X da CF). Como estes bens já são federais, por força da

⁴ *Instituições*, vol. I, p. 359

Constituição, não será necessária a desapropriação deles: uma vez descobertos passam, automaticamente (*ex vi legis*), à propriedade e administração da União.

Quanto ao espaço aéreo, trata-se de bem pertencente à União, como bem de uso especial, a teor do que dispõe o Código Brasileiro da Aeronáutica, de 1986, cujo art. 16 estabelece: “*Ninguém poderá opor-se, em razão de direito de propriedade na superfície, ao sobrevôo de aeronave, sempre que este se realize de acordo com as normas vigentes*”. Por força da segurança aérea e da privacidade, ninguém é livre para colocar no espaço aéreo (= coluna de ar que se levanta acima do domínio terrestre e mar territorial do Estado) o que entender, quando entender, como entender (caso dos drones), porque se trata de espaço cujo uso é disciplinado e gerido, de modo detalhado, pela União e seus organismos (Ministério da Defesa, ANAC, etc)⁵.

2. Bens públicos/privados

O jurista romano Ulpiano (século II) definiu o Direito Público como “o direito que se refere aos problemas do Estado romano” (Digesto). No mesmo sentido, fazendo a mesma vinculação, a definição de bens públicos fica relativamente clara: bens públicos são aqueles pertencentes ao Estado e, como ele se divide em vários entes no Brasil, pode-se, por extensão dizer que os bens públicos são os pertencentes às pessoas jurídicas de direito público, ou seja, União, Estados e Município (e respectivas autarquias e fundações públicas).

Tal entendimento se encontra no art. 98 do Código Civil: “*São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem*”. Importante ressaltar que os bens públicos, quaisquer deles, por se destinarem ao cumprimento de funções públicas, não podem ser *alienados* (salvo os dominicais – v. infra), *usucapidos* (art. 183/§ 3º e 191/Parágrafo único da CF, embora o Estado possa usucapir bens privados⁶), não podem ser *penhorados* para garantia do pagamento de dívidas do Poder Público⁷ (que paga seus débitos mediante precatórios, cf. art. 100 da CF) e são *imunes à incidência de impostos* (art. 10/VI, “a” da CF), dentre outras características próprias. Portanto, os bens públicos têm um regime jurídico totalmente diferenciado dos bens

⁵ O Código Penal tipifica, no art. 261, o crime de “atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo”, que será: “Expor a perigo embarcação ou aeronave, própria ou alheia, ou praticar qualquer ato tendente a impedir ou dificultar navegação marítima, fluvial ou aérea: Pena - reclusão, de dois a cinco anos”.

⁶ Evidente que a usucapição do Poder Público só poderá ser a ordinária (10 anos) e extraordinária (15 anos), disciplinadas pelos arts. 1.238 e 1.242 do Código Civil, jamais a especial, da qual falaremos adiante.

⁷ Sobre a impenhorabilidade dos bens públicos, se a Unesp deixar de pagar seus fornecedores, as vários *campi* da Universidade não poderão ser penhorados (e depois leiloados), exatamente por cumprirem função pública de ensino, pesquisa e extensão.

privados ou particulares. É que o ensina, com clareza, Odete Medauar: “O *regime da dominialidade pública* não é um regime equivalente ao da propriedade privada”⁸.

Porém, aquela definição genérica (bem público = bem do Estado) precisa ser aprimorada porquanto uma rodovia é bem público e uma rua também é; um banco de praça e a carteira onde se senta um estudante da Unesp (autarquia estadual de regime especial) também são bens públicos. Ou seja, há um universo de bens públicos – considerando a nossa federação trina e seus entes derivados – que determinam a necessidade de classificações outras que melhor especifiquem cada espécie de bem público considerado.

São duas as classificações dos bens públicos:

(a) quanto à titularidade e

(b) quanto à destinação.

Quanto à titularidade, um bem público pode ser integrante do domínio da União, dos Estados ou dos Municípios e, então, serão federais, estaduais ou municipais. Assim teremos, por exemplo, respectivamente, o Palácio do Planalto, em Brasília, o Palácio dos Bandeirantes, em São Paulo, e o prédio da Prefeitura (que fica no Palácio Matarazzo ou Anhangabaú, em São Paulo)⁹, todos sede do Poder Executivo, nos três níveis de governo. Ainda assim, esta divisão esconde realidades diversas como, por exemplo, as praias marítimas (art. 20/IV da CF) e os prédios da Esplanada dos Ministérios em Brasília, ambos bens federais mas radicalmente diversos quanto ao uso.

Dada a insuficiência da primeira para dar conta da realidade, apresenta-se a segunda classificação dos bens públicos, que, complementando a primeira, leva em consideração a destinação do bem público. Esta classificação está no art. 99 do Código Civil, que diz: “*São bens públicos: I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades*”.

Os *bens públicos de uso comum do povo* são os mais característicos em razão da abrangência dos seus possíveis usuários. São eles as vias públicas (urbanas ou rurais), as praças, os parques, as praias marítimas, as águas do mar, os rios navegáveis, todos aqueles em que o acesso é público e irrestrito, sem necessidade de qualquer permissão ou autorização individual de quem quer que seja. É importante dizer que pode ser cobrado um preço pela fruição do bem público de uso comum, o que não lhe

⁸ *Direito administrativo*, p. 268

⁹ Cumpre ressaltar que a Prefeitura, assim como as secretarias municipais (e todas as outras) podem funcionar em prédios alugados de particulares, não sendo eles, portanto, bens públicos.

retira este caráter. Isto diz o art. 103 do Código Civil: “O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem”. O exemplo maior será, evidentemente, o das *rodovias pedagiadas* (que podem ser federais, estaduais ou municipais): paga-se pelo seu uso, embora para tanto seja dispensado qualquer consentimento individual por parte da Administração Pública: todos os que pagam têm acesso à via. Porém, a maior partes dos bens de uso comum são de acesso livre, como, por exemplo, o Parque do Ibirapuera, em São Paulo, que é municipal.

Os *bens públicos de uso especial* são aqueles utilizados pela Administração Pública, vinculados à prestação de um serviço específico. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “são todas as coisas, móveis ou imóveis, corpóreas ou incorpóreas, utilizadas pela Administração Pública para realização de suas atividades e consecução de seus fins”¹⁰. A mesma autora dá como exemplo, dentre outros, os imóveis onde estão instaladas repartições públicas (e a sede dos três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário), museus, bibliotecas, o Teatro Municipal (em São Paulo e no Rio), aeroportos, mercados, etc.

Os bens públicos de uso comum e de uso especial são chamados *bens do domínio público do Estado* e para a mesma professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, entre eles “não existe diferença de regime jurídico, pois ambos estão destinados a fins públicos; essa destinação pode ser inerente à própria natureza dos bens (como ocorre com os rios, estradas, praças, ruas) ou pode decorrer da vontade do poder público, que *afeta* determinado bem ao uso da Administração para realização de atividade que vai beneficiar a coletividade, direta ou indiretamente”¹¹. Por isso cumpre destacar que o uso especial restringe o acesso ao bem: se uma praça, por exemplo, é ilegalmente transformada pelo Município numa escola (o que não pode, legalmente, ocorrer), isto significa que a população em geral não poderá mais usar o local para o lazer e ele será destinado exclusivamente à comunidade escolar, que é restrita. O acesso torna-se limitado embora o bem continue público e do mesmo titular.

O terceiro tipo de bem público – os *dominicais* – são aqueles não estão afetados a qualquer uso público. Estão como que aguardando que a Administração lhes dê alguma destinação – e são muitos os casos de imóveis urbanos e rurais nesta condição: o INSS (autarquia federal), por exemplo, é um grande proprietário de bens imóveis urbanos, recebidos como pagamento das dívidas previdenciárias dos contribuintes, e é por isso que faz leilões periódicos para vendê-los¹². Outro exemplo é o das terras devolutas, que abundam no Pontal do Paranapanema. Como estão numa situação, em tese, transitória, não cumprem eles a *função social da propriedade* (e não

¹⁰ *Direito Administrativo*, p. 849

¹¹ Op. cit, p. 845

¹² Em 2018, matéria do G1 informava que o INSS tinha 60 imóveis vazios em São Paulo e mais 37 ocupados por movimentos que lutam por moradia: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/mesmo-com-60-imoveis-vazios-inss-gasta-r-560-mil-por-mes-com-aluguel-em-sao-paulo.ghtml>

pagam imposto majorado porque os bens públicos são imunes a impostos), sendo de difícil caracterização a responsabilidade do gestor por tal descumprimento.

Os bens dominicais são chamados de *bens do patrimônio disponível do Estado* porque são os únicos que podem ser alienados mediante prévia licitação (art. 37/XXI da CF). De fato, os bens públicos de uso comum do povo não podem ser vendidos e nem os de uso especial porque *afetados*: apenas os dominicais podem ser alienados, uma vez que o Poder Público não decida dar a eles um destino de interesse público. Portanto, um bem de uso especial (o prédio de uma escola desativada, por exemplo), para ser vendido, precisa antes ser por lei *desafetado*, ou seja, inserida no rol dos bens dominicais.

Estas duas classificações dos bens públicos podem ser colocadas num quadro simples que as contempla:

Quadro 3 - Classificações dos bens públicos

a) quanto ao titular	Federais, estaduais e municipais
b) quanto à destinação	Bens de uso comum do povo, de uso especial e dominicais

Odete Medauar ainda cogita do critério dos aspectos geográficos dos bens públicos para definir uma classificação deles. E ensina: “Quanto aos aspectos geográficos, são os seguintes: bens terrestres (ruas, edifícios, estradas); bens hídricos, divididos em marítimos (mar territorial), fluviais (rios), lacustres (lagos), bens que incluem terra e água (portos). No tocando ao modo de formação, há bens naturais (rios, mares) e bens artificiais (pontes, viadutos, edifícios”. No entanto, não parece ser esta uma classificação relevante¹³.

Outro universo, muito distinto, é o dos *bens particulares*, pessoas físicas ou jurídicas. Como já dito, bens públicos – em todas as suas espécies – e bens privados não se confundem do ponto de vista do regime jurídico, embora faticamente, territorialmente, possam estar muito próximos. Todo lote urbano faz divisa com a via pública chamada de “testada” - local onde ocorre a *fricção específica* do espaço público com o espaço privado - o que se pode colocar como “a casa e a rua”, a casa tendo de se abrir para a rua (porque não pode existir lote encravado). Porém, são radicalmente diversos os regimes jurídicos e o proprietário do lote não será, jamais, proprietário da calçada que faz parte da via e nem das árvores que, porventura, nela existam, que são públicas. Não poderá fazer rampas nas calçadas e nem despejar água pluviais sobre elas (o que precisa se dar mediante encanamento no subsolo).

Portanto, os bens particulares têm um regime completamente diverso, podem ser alienados, usucapidos, penhorados para pagamento de dívidas dos titulares, que pagam imposto sobre sua propriedade: a propriedade imobiliária constitui fato

¹³ Op. cit., p. 269

gerador ou do IPTU ou do ITR. No mundo rural, por exemplo, uma fazenda do Estado (da Unesp, em Jaboticabal, com mais de 800 hectares) pode se colocar ao lado de um imóvel privado, ambos lado a lado porém tendo regimes jurídicos totalmente diversos, a partir da linha divisória, demarcatória de um e outro. Um quadro geral dos impostos que incidem sobre a propriedade imobiliária privada (chamados de “impostos imobiliários”) e sobre a transmissão da propriedade imobiliária privada (de que trataremos adiante) pode ser assim construído:

Quadro 4 – Impostos imobiliários e de transmissão imobiliária (1)

<i>Pessoa política</i>	<i>Sobre a propriedade</i>	<i>Sobre a transmissão</i>
União	ITR	
Estados		ITCMD
Municípios	IPTU	ITBI

(1) As siglas dos impostos significam: ITR – Imposto Territorial Rural; IPTU – Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana; ITBI - Imposto de Transmissão de Bens Imóveis; ITCMD – Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doações.

3. Bens de interesse público

Toda divisão dicotômica (noite e dia, norte e sul, direita e esquerda, etc) é insuficiente porque sempre existirão realidades que não se encaixam em nenhuma espécie. Ficam, então, numa zona cinzenta, num meio-termo, num limbo. O mesmo se dá com a divisão entre bens públicos e bens privados, de remota origem, quando outros valores não eram protegidos. Mas existirão bens que se colocam no meio do caminho entre eles e que não são nem propriamente públicos ou privados: são, na verdade, outra coisa. O exemplo maior a respeito concerne à questão ambiental que cruza as ideias de público e privado em nome da sadia qualidade de vida.

O art. 225 da Constituição Federal dispõe: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, *bem de uso comum do povo* e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Portanto, sendo bens de uso comum do povo, os bens ambientais, sejam públicos ou privados, ganham um regime jurídico próprio, estabelecido pela Constituição e pelo Código Florestal de 2012. Mas entenda-se bem aquela norma: não é que os bens ambientais sejam *bens públicos de uso comum do povo* (v. supra) mas os benefícios de sua função ambiental são de todos e para todos, indistintamente, coletivamente.

A advertência que deveria ter sido feita por um benfeitor do gênero humano, na epígrafe de Rousseau, é a de que “a terra não pertencem a ninguém” (“*la terre n’est à personne*”). Hoje, já constituído o regime da propriedade, esta advertência, válida e procedente, é a de que o ambiente não pertence a ninguém, é um bem coletivo por excelência, como o ar e a água. Os bens ambientais têm uma função abrangente e, dentre eles, os chamados “espaços territoriais especialmente protegidos” (Édis Milaré).

É o caso, por exemplo, de uma APP ao lado de um curso d'água: ela pode estar em propriedade pública ou privada, em zona urbana ou rural, que será sempre uma *“área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos (como no exemplo), a paisagem, a estabilidade geológica, e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas”* (art. 3º/II do Código Florestal). Sendo “floresta protetora” (como dizia o Código de 1934), seu regime jurídico será o estabelecido pela lei ambiental, em qualquer situação, não importa quem seja o proprietário do imóvel. E deve-se ressaltar que este proprietário, se privado, não pagará imposto pelas áreas componentes de APP, que não são tributáveis.

A lei que disciplina o ITR – Imposto Territorial Rural (Lei nº 9393/96, art. 10/II), imposto federal, estabelece que as áreas não tributáveis do imóvel rural são as: I - de preservação permanente (APP); II - de reserva legal; III - de Reserva Particular do Patrimônio Natural (RPPN); IV - de interesse ecológico, assim declaradas mediante ato do órgão competente, federal ou estadual, que sejam: a) destinadas à proteção dos ecossistemas e que ampliem as restrições de uso previstas para as áreas de preservação permanente e de reserva legal; e b) comprovadamente imprestáveis para a atividade rural; V - de servidão ambiental; VI - cobertas por florestas nativas, primárias ou secundárias em estágio médio ou avançado de regeneração; VII - alagadas para fins de constituição de reservatório de usinas hidrelétricas autorizada pelo Poder Público.

Quanto aos imóveis urbanos, eles seguem a mesma lógica de não incidência tributária do IPTU em razão da restrição ambiental que sobre eles existe. Em 2018, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal julgou processo em que registrou, na ementa, o seguinte:

(...) 2. O Direito Ambiental estabeleceu um regime diferenciado de proteção das Áreas de Preservação Permanente, limitando sobremaneira o pleno exercício do direito de propriedade através da obrigação de manutenção integral de sua vegetação pelo proprietário, possuidor ou ocupante a qualquer título, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado. 2.1 Essas restrições administrativas tornam os bens situados em Áreas de Preservação Permanente insuscetíveis de uso, gozo e disposição, poderes inerentes à propriedade, repercutindo na esfera tributária e impossibilitando o lançamento do Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana – IPTU. 2.2 Trata-se de verdadeira hipótese de não incidência tributária, em virtude da ausência de elementos mínimos caracterizadores do fato gerador da obrigação. (Ap. 0713841-05.2017.8.07.0018)

Portanto, dentro da política ambiental que desenvolve – no sentido e defender e restaurar o meio ambiente para proteger e melhorar a qualidade de vida (como diz o art. 45 da Constituição espanhola de 1978) -, o Estado definiu que os bens ambientais não geram tributos, ao contrário do que ocorre com as demais porções dos

bens particulares: e não geram tributos porque, em regra, não podem ser utilizados economicamente, daí a necessidade de delimitação e demarcação precisa deles nas propriedades imobiliárias (e no cadastro ambiental), para exclusão da incidência fiscal.

Da mesma forma os bens culturais. Todos têm direito à fruição dos bens culturais por conterem valores ligados à identidade, à memória, à história. Assim, proteção de um bem cultural, pelo Estado (todos os entes públicos podem proteger os bens culturais) coloca-o em situação especial, que também ultrapassa a distinção público/privado. Isto porque o art. 216 da Constituição Federal estabelece no art. 216/§ 1º: “*O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação*”. Assim, quando um bem é tombado (um casarão do século XIX, por hipótese) significa que há *interesse público primário* ali e então os poderes do proprietário ficam restritos, ganhando ele obrigações como a de manter as características físicas do imóvel, tal como disciplinado no Decreto-lei nº 25 de 1937.

Vê-se, pois, que aquela *summa divisio* que nos vem do Direito Romano (mais precisamente no *Corpus Juris Civilis*) mostra-se, hoje, insuficiente e até mesmo ultrapassada: há propriedades territoriais que têm regime jurídico próprio e que não é nem o dos bens públicos e nem o dos bens privados. São de outro gênero que precisa ser considerado em cada caso. Notadamente, na segunda metade do século XX tornou-se o ambiente um *bem difuso e intangível* da maior relevância, que supera a dimensão físico-territorial, imediata porque a questão ambiental é, por natureza, transversal e intergeracional¹⁴. Assim, quando se fala em ambiente natural, artificial (ou construído), cultural e laboral (relativo à salubridade do local de trabalho), isto não é uma *classificação* mas apenas explicitação das dimensões do meio ambiente ou aspectos em que ele pode ser examinado.

4. Imóveis urbanos/rurais

Aparentemente simples, a distinção entre imóveis urbanos e rurais – uma classificação do solo - é tormentosa e apresenta diversas conseqüências. Por exemplo, a usucapião especial que pode ser urbana ou rural. Quando a Constituição as contempla, refere-se a “área urbana” (art. 183) e “área de terra, em zona rural” (art. 191). Outro exemplo de conseqüência da distinção: a tributação. A Constituição prevê o Imposto Predial e Territorial Urbano (art. 156/I), de competência municipal, e o Imposto Territorial Rural – ITR (art. 153/VI), de competência federal¹⁵. Portanto, a distinção

¹⁴ A lei que institui a política nacional do meio ambiente (Lei nº 6938/81) define no art. 3º/I: meio ambiente é “o conjunto de condições, leis, influência e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Ele será intangível porque, por exemplo, como se toca num bioma que é um conceito científico construído a partir de diversos dados da realidade?

¹⁵ No entanto, desde 2003, a Constituição dispõe que o ITR “será fiscalizado e cobrado pelos Municípios que assim optarem, na forma da lei, desde que não implique redução do imposto ou qualquer outra forma de renúncia fiscal” (art. 153/§ 4º/III). Nos termos da lei, esta delegação que envolve cobrança e até

entre urbano e rural é juridicamente relevante embora não seja fácil. Ademais, tais denominações tributárias são imprecisas porque tais impostos não incidem apenas sobre a *propriedade, formal e consolidada*, mas também sobre a *posse*, tal como veremos. Em outras palavras, o pagamento do imposto não implica domínio sobre o bem.

Dois critérios brigam entre si (“*hurlent de se trouver ensemble*”) na identificação dos dois tipos de imóveis: o *critério da destinação* e o *critério da localização*. Segundo o primeiro critério, será urbano o imóvel que se destine ao assentamento populacional (que pressupõe o sistema viário, que também é função urbana) e, por sua vez, será rural, aquele se destine à produção agrícola, pecuária, extrativa, etc, em qualquer porção do território municipal na qual localize este imóvel.

De outro lado, pelo critério da localização, será urbano o imóvel localizado dentro da zona urbana, tal como fixado em lei municipal¹⁶, e rural, ou seja, não urbanizável, aquele que, por exclusão, esteja fora de zona urbana do Município (e elas podem ser várias). A antes citada lei que disciplina o ITR diz logo no art. 1º: “O Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR, de apuração anual, tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel por natureza, localizado fora da zona urbana do município, em 1º de janeiro de cada ano”. Portanto, é indiferente a qualificação jurídica o titular para incidência do tributo: vale a destinação dada por quem quer que seja.

Um quadro explicitará melhor tais critérios:

Quadro 5 – Imóvel rural/urbano

Tipo de imóvel	<i>Critério da destinação</i>	<i>Critério da localização</i>
Imóvel urbano	Assentamento populacional	Dentro da zona urbana fixada em lei
Imóvel rural	Exploração rural (produção)	Fora da zona urbana

Vê-se que o critério da destinação segue a vocação do imóvel, sua utilização proponderante, sua finalidade, enquanto o critério da localização (também chamado de “*topográfico*”) é formal e simplista porque determina que tudo o que está dentro da zona urbana - delimitada pelo *perímetro urbano*¹⁷ - é imóvel urbano; e o que está fora dela é imóvel rural. No Brasil, temos os dois critérios contemplados na lei. Como vimos acima, tanto a Constituição Federal, ao tratar da usucapião especial rural (no art. 191), quanto a lei disciplinadora do ITR, de 1996, parecem contemplar o critério da localização.

lançamento depende de convênio entre a União e o Município, referente aos imóveis rurais nele situados, quando ficarão com a totalidade da arrecadação do imposto (art. 158/II da CF).

¹⁶ E existe lei que determina a comunicação da alteração dos limites da zona urbana, pelo Município, ao INCRA para cessação da cobrança do ITR. É o art. 53 da Lei nº 6766/79.

¹⁷ Perímetro é a linha (e medida) de contorno de uma figura geométrica. Então, o *perímetro urbano* significa a linha de contorno de uma *zona urbana*; perímetro será a linha, zona urbana é o que está dentro dela.

No entanto, cientificamente correto será o *critério da destinação*¹⁸: o ITR grava a produção agrária, um empreendimento econômico, e, portanto, onde ela se localize, em zona urbana ou rural, deverá incidir este tributo cuja alíquota é progressiva segundo o grau de utilização da terra (que a lei quer incentivar: quem usa mais, paga menos imposto). Como dizia o professor Fernando Pereira Sodero, em aulas de Direito Agrário na Faculdade de Direito da USP, muitos anos atrás, uma granja ao lado da praça da Sé, em São Paulo, é imóvel rural e, por isso, há de pegar o ITR e não o IPTU. O imóvel que interessa ao Direito Agrário é o imóvel rural produtivo e não aquele entendido como bem patrimonial, apenas.

De fato, o critério da destinação foi agasalhado pelo Estatuto da Terra, de 1964, ao definir o que é imóvel rural (art. 4º/I). Diz o texto legal que imóvel rural é “o *prédio rústico, de área contínua qualquer que seja a sua localização que se destina à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agro-industrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através de iniciativa privada*”. A norma ao dizer que imóvel rural é o prédio rústico “*qualquer que seja sua localização*” contempla claramente o critério da destinação: granja será, pois, prédio rústico.

Entretanto, para efeitos fiscais, o Código Tributário Nacional fixou o critério da localização no art. 32/§ 1º, que considera área urbana aquela definida em legislação municipal¹⁹ - e tal dispositivo foi prestigiado pelo STF no famoso RE 93.850-8/MG, j. em 1982; depois em 1966 e 1972, outros atos instituíram o critério técnico da destinação econômica preponderante dada ao imóvel, etc: de modo que o tema, até hoje, continua tormentoso e os casos na Justiça se sucedem.

Então, o estágio atual da definição do tema (que tem idas e vindas na lei) será a seguinte: *em princípio vigora o critério da localização* porque é de fácil operacionalização para o ente local e, além disso, porque na zona urbana o solo já está pronto, preparado, aparelhado para receber o assentamento populacional, do que se induz ou presume esta destinação cumprida. Porém com limitações e atenuações. Com efeito, não se pode pensar que um posto de gasolina na zona rural tenha seu imóvel tributado pelo ITR, uma vez que não se trata de produção rural de nenhum tipo, mas de comércio (que se liga, historicamente, ao próprio nascimento das cidades). Da mesma

¹⁸ Escreve Tupinambá Miguel Castro do Nascimento sobre o critério da localização: “Aquilo que as leis apontaram como área *urbana*, se considerará como tal; ao contrário, o que estiver *fora* da fixação é tido como área *rural*. Sem dúvida, um critério relativamente fácil para ser colocado em prática, dependendo somente da disciplina legal. Mas uma solução, a nosso sentir, atécnica e acientífica” (*Introdução*, p. 64).

¹⁹ O texto do CTN é este: “Para os efeitos deste imposto (IPTU), entende-se como zona urbana a definida em lei municipal; observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público: I - meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais; II - abastecimento de água; III - sistema de esgotos sanitários; IV - rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar; V - escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado”.

forma as chácaras de aluguel para festas ou de recreio nas franjas urbanas, aparentemente rurais, se destinam antes ao lazer e não à produção.

Do contrário, se num imóvel situado em zona urbana, planta-se frutas e hortaliças, é evidente que ele tem destinação rural: é o caso da Ap. 1043583-63.2017.8.26.0053, do Município de São Paulo (que tem larga zona rural, correspondendo a um terço do território do Município), cuja ementa encontra-se abaixo, no qual o Tribunal de Justiça registrou: “*Em vista disso, o quadro probatório não deixa dúvidas quanto a destinar-se o imóvel de propriedade da autora à produção agrícola, mais especificamente à plantação de frutas e hortaliças*”, incidindo, pois, o ITR. Mas isto precisa ser comprovado caso a caso, mediante processo judicial que exige produção de prova, em especial, em certos casos, perícia técnica.

Vejamos, a título de exemplo, algumas ementas de acórdãos dos tribunais brasileiros:

TRIBUTÁRIO. IMÓVEL NA ÁREA URBANA. DESTINAÇÃO RURAL. IPTU. NÃO-INCIDÊNCIA. ART. 15 DO DL 57/1966. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. 1. Não incide IPTU, mas ITR, sobre imóvel localizado na área urbana do Município, desde que comprovadamente utilizado em exploração extrativa, vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial (art. 15 do DL 57/1966). 2. Recurso Especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ. (STJ, Resp. 1.112.646 – SP, j. em 26.08.2009)

APELAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA. Exercícios de 2007 e 2011 a 2018 - Município de Jundiaí - IPTU e ITR - Lei Complementar Municipal nº 444/2007 que incluiu o imóvel discutido nos autos no perímetro urbano - Município, que dever á comunicar eventuais alterações ao INCRA, nos termos do art. 53 da Lei 6.766/79, para a cessação da cobrança do ITR pela União - Ausência de comunicação que, no entanto, não afasta a ocorrência do fato gerador do IPTU, e se houver bitributação o contribuinte poderá socorrer-se do Poder Judiciário - No caso, trata-se de imóvel situado na zona urbana que não tem destinação rural - IPTU devido – Sentença reformada - Recurso provido (TJSP, Ap. 1016273-56.2018.8.26.0309, j. em 18.4.2020)

IPTU - Município de São Paulo - Exercícios de 2012 a 2017 - Insurgência contra a extinção mandado de segurança sem exame do mérito - Não incidência em relação a imóvel destinado à atividade agrícola, mesmo que localizado na zona urbana -

Sujeição do mesmo ao ITR - Prevalência do critério do art. 15 do DL nº 57/66 - Hipótese em que os elementos probatórios reunidos aos autos demonstram a destinação rural do imóvel - Ordem concedida - Recurso provido. (TJSP, Ap. 1043583-63.2017.8.26.0053, j. em 3.3.2020)

Proibida a bitributação, os casos judiciais se sucedem quase sempre para fugir da incidência do IPTU considerando que o ITR grava a produção de bens econômicos (mercadorias ou, em inglês, “*commodities*”), e, portanto, têm alíquotas, em média, muito baixas, que levam em consideração apenas a área tributável do imóvel (exclusive aquelas relativas à proteção ambiental, como antes visto) e seu grau de utilização (GU, que é “a relação percentual entre a área efetivamente utilizada e a área aproveitável”), para desincentivar a existência de imóveis ociosos. É a própria Constituição Federal que diz, no art. 153/§ 4º/III, que o ITR “terá suas alíquotas fixadas de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas”. Leia-se: propriedades rurais improdutivas.

Da mesma forma em relação à usucapião especial (que se consuma no prazo exíguo de cinco anos²⁰), pode haver polêmica entre os critérios da localização e da destinação, o que se torna essencial para definir a sua consumação ou não. A questão é saber: se a pessoa preencher todos os requisitos da usucapião urbana em imóvel situado na zona rural ou, ao contrário, cumprir todos os requisitos da usucapião rural em imóvel situado na zona urbana, a prescrição aquisitiva deverá ser reconhecida? Ou haveria impossibilidade do objeto porque a Constituição teria adotado o critério da localização? A resposta àquela primeira pergunta parece claramente positiva, bastando adotar o critério da destinação na área usucapienda – ao qual os proprietários ou contribuintes recorrem também para afastar a incidência de IPTU em imóvel com destino rural.

A Constituição Federal exige, como requisito da usucapião urbana, a moradia na área (art. 182) e, na rural, o interessado, além da moradia, deve ter “tornado-a produtiva por seu trabalho ou de sua família” (art. 191). Ora, é perfeitamente possível que haja produção em área urbana (porque, em regra, as leis municipais, indevidamente, definem zonas urbanas muito amplas, para valorização de glebas) e também moradia em área rural: basta utilizar-se o critério da destinação – o critério, aliás, correto – que os problemas são superados, considerando-se, ademais, que a usucapião é *modo originário de aquisição da propriedade*.

Como escreve Silvio de Salvo Venosa, na aquisição originária, desvinculada do titular anterior, “o único elemento que para ela concorre é o próprio fato ou ato

²⁰ Até 2011 era o prazo mais rápido para consumação da usucapião. Porém, em 2011 foi criada a usucapião familiar do art. 1240-A do Código Civil, cuja norma reza: “*Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural*”.

jurídico que lhe dá nascimento”²¹. Ou seja, preenchidos os requisitos constitucionais (que serão repetidos pelo Código Civil nos arts. 1239 e 1240), surge para o possuidor o direito de propriedade, ou melhor, de transformar a sua posse em propriedade, formalizando-a, sem qualquer outro impedimento e sem o pagamento de qualquer imposto de transmissão (porque nenhuma houve).

Então, em síntese:

Quadro 6 - Usucapião especial

Usucapião urbana	Usucapião pró-moradia	Imóvel com destino urbano
Usucapião rural	Usucapião pró-labore	Imóvel destinado à produção

5. Zona de expansão urbana

No Direito Urbanístico, a classificação do solo municipal segundo sua vocação ou destino é tripartida ou quadripartida (conforme o caso) e a denominação de cada zona, em cada ordenamento estatal, é *diferente*, embora os conceitos se aproximem. Para destacar uma espécie, a nossa “zona de expansão urbana” – da qual trataremos - denomina-se “*zone à urbanizer*” na França, e “*zona urbanizável*” na Espanha.

Sobre as classificações, na França, afirma o Código de Urbanismo que os planos locais de urbanismo devem distinguir as “*zones urbaines*” (como os tipos de zona são designados por letras, com derivações, é dita *zona U*) – com os solos imediatamente construtíveis -, das “*zones à urbanizer*” (*zona AU*), com equipamentos urbanos insuficientes mas abertas à futura urbanização. Além dessas, o Código de Urbanismo cogita das “*zones agricoles*” (*zona A*), destinada a atividade agrícola, e das “*zones naturelles et forestières*” (*zona N*), protegidas em razão da qualidade dos sítios, do meio natural e das paisagens (arts. R151-17 a 26).

Já na Espanha, cujo modelo é mais próximo do nosso, a Lei nº 6/1998, sobre o regime do solo, diz no art. 7º a respeito das “*clases de suelo*”: “*A los efectos de la presente Ley, el suelo se clasifica en urbano, urbanizable y no urbanizable o clases equivalentes reguladas por la legislación urbanística*”. Assim, aproximando as denominações entre o Brasil e a Espanha, teremos:

Quadro 7 - Classificação do solo local

<i>No Brasil</i>	<i>Na Espanha</i>
Urbano	Urbano
De expansão urbana	Urbanizável
Rural	Não urbanizável

²¹ Código Civil, p. 1451

Direcionando o crescimento dos assentamentos para sítios adequados, dentro do território municipal os solos urbanizáveis serão aqueles que o plano urbanístico diretor “declare adequados para serem urbanizados”, como escreve Carceller Fernández²². Delimitada por lei municipal (tal como a zona urbana), a zona de expansão urbana é, topograficamente, uma área intermédia entre a zona urbana e a zona rural definida mediante planeamento. É, na verdade, um importante instrumento do planeamento territorial em nível local cuja previsão encontra-se no art. 3º da Lei nº 6766/79: “*Somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica, assim definidas pelo plano diretor ou aprovadas por lei municipal*”²³

Desse dispositivo é possível inferir-se duas coisas: em primeiro lugar, não é possível destinar ao assentamento populacional áreas localizadas fora de zona urbana ou de zona de expansão urbana; em segundo lugar, as duas zonas desse *macrozoneamento* integram o plano urbanístico diretor tornado obrigatório pela Constituição de 1988 para os Municípios com mais de 20 mil habitantes (art. 182/§ 1º), constitui matéria dele; em terceiro lugar, as duas zonas são definidas ou pelo plano (a situação ideal porque o plano pressupõe *leitura técnica do território* e, portanto, análise e investigação, feita por especialistas) ou por outra lei municipal específica: mas tal decisão, para ser eficaz, sempre deve ser aprovada por ato legislativo.

E daí que a delimitação da zona de expansão – que se pode chamar de *zona urbanizável* - deve ser cercada de cuidados porque ela vai orientar a futura expansão horizontal da cidade. Ela, então, não pode ser muito ampla, porque isto esgarça o tecido urbano, resultando no “desleixo” referido por Sérgio Buarque de Holanda²⁴ e encarecendo o preço dos serviços públicos; e nem muito estreita de modo que incentive a verticalização, criando solo artificial pela carência de solo natural. Na verdade, o que se vê, em regra, é a primeira situação: a zona de expansão dilargada, dilatada, de modo tal que as iniciativas imobiliárias, os parcelamentos do solo, podem ocorrer em locais distantes do centro urbano, cabendo ao Poder Público, depois, levar até a população residente todos os direitos sociais garantidos pelo art. 6º da Constituição (escola, creche, posto de saúde, etc).

De outro lado, há a questão do sítio urbano: não é qualquer sítio apropriado para receber assentamento populacional. Com efeito, não se pode pensar em permitir o

²² *Instituciones*, p. 338. Carceller apresenta e discorre sobre aquela classificação.

²³ Na Itália, com o mesmo sentido, a lei urbanística de 1942 inclui dentre as matérias essenciais do plano regulador geral (correspondente ao nosso plano diretor): “*la divisione in zone del territorio, con precisazione delle zone destinate all'espansione dell'aggregato urbano e la determinazione dei vincoli e dei caratteri da osservare in ciascuna zona*” (art. 7º.2).

²⁴ O texto famoso de Sérgio Buarque de Holanda em *Raízes do Brasil* (1936) diz: “A cidade que os portugueses construíram na América não é produto mental, não chega a contradizer o quadro da natureza, e sua silhueta se enlaça na linha da paisagem. Nenhum rigor, nenhum método, nenhuma previdência, sempre esse significativo abandono que exprime a palavra ‘desleixo’ – palavra que o escritor Aubrey Bell considerou tão tipicamente portuguesa como ‘saudeade’ e que, no seu entender, implica menos falta de energia do que uma íntima convicção de que ‘não vale a pena...’” (Cap. IV, O sementeiro e o ladrilhador).

parcelamento do solo em terrenos alagadiços ou que tenham sido aterrados com material nocivo à saúde, ou de preservação ambiental, dentre outras hipóteses (art. 3º/Parágrafo único da Lei nº 6766/79). Por exemplo: é perfeitamente possível, mediante planejamento, impedir que o crescimento urbano – ou a mancha urbana - avance para uma área de mananciais ou se aproxime de uma reserva florestal, causando dano potencial ou real aos bens ambientais. Além disso, em 2012, o Estatuto da Cidade passou a determinar que os Municípios devem definir seus perímetros urbanos de modo a evitar que se incluam neles “áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos” (art. 42-A e 42-B). E estas áreas, que não são aptas à expansão, devem ser mapeadas (art. 42-A/II).

Uma vez definida a zona de expansão urbana, a questão que se põe é a seguinte: as propriedades imobiliárias nela situada serão urbanas ou rurais? Nenhuma coisa e nem outra porque tal zona é de *transição entre o urbano e o rural*. O que é certo é que poderá haver, na zona de expansão, tanto imóveis com destinação rural quanto imóveis com destinação urbana, indistintamente. Estando ela predisposta para a futura expansão mediante futuro e eventual assentamento, isto não significa que exista assentamento de fato. Pode não existir ainda. É uma possibilidade. Porém, a partir do momento em que se aprovar um loteamento para fins urbanos em zona de expansão é claro que ele terá função urbana – e, então, o proprietário dos lotes começará a pagar o IPTU. Antes disso, pagaria ITR. Com a mudança do destino do bem – e sua própria natureza -, muda também a incidência tributária.

Veja-se que, na verdade, isto nada mais é do que aplicação específica do critério da destinação aplicado nos imóveis localizados na zona de expansão. Importante ressaltar que o *lote vazio*, aguardando a futura edificação que completa sua urbanização, estará descumprindo a função social da propriedade e, portanto, seu proprietário poderá pagar o IPTU com alíquota diferenciada (seletiva ou progressiva, na forma dos arts. 156/§ 1º/II e 182/§ 4º da CF e que, neste último caso, pode chegar a 15%) - ou seja, alíquota muito maior do que a incidente sobre os imóveis edificados com intenção clara de desincentivo, de punição mesmo.

6. Propriedade/posse

Esta é uma distinção magna dentro do Direito, de larga tradição que remonta ao Direito Romano. Na linguagem vulgar, os termos “posse” e “propriedade” podem ser usados como sinônimos ou ainda podem usados de modo equivocado (por exemplo, diz-se que alguém “tem muitas posses”, como indício de riqueza, quando se quer dizer que alguém “tem muitas propriedades”). Porém, juridicamente, são conceitos muito diferentes, com regimes diferenciados, e, nas extensões territoriais, haverá algumas áreas objeto de *propriedade* e outras, objeto de *posse*. O que significa isso? Que vínculos jurídicos são esses?

Propriedade, em resumo, significa o poder de uma pessoa sobre uma coisa: “*ceci est à moi*”, como diz Rousseau (v. epígrafe), o que, no século XIX um anarquista chamou simplesmente de roubo. “*La propriété, c’est le vol!*” escreveu Proudhon em *O que é a propriedade?*, de 1840, considerando que a terra é de ninguém. Antes de anarquista, esta ideia é bíblica: no *Levítico* (25:23) é dito, numa linguagem poética, que os homens são “*hóspedes na terra*” porque ela pertence a Deus, cogitando ainda o mesmo livro e capítulo do Pentateuco do descanso necessário da terra depois de sete anos de cultivo.

Uma vez assumida sua legitimidade como fruto do trabalho (o que não legitima o direito de herança, grife-se) – uma das muitas teorias a respeito -, a propriedade era entendida no passado como um direito *absoluto, exclusivo e perpétuo*, que garantia amplos poderes ao titular, submetendo a coisa conforme sua vontade. Contudo a evolução social faz com que ela seja entendida hoje como um direito, sim, mas direito que apresenta diversas limitações ou restrições ou condicionamentos para ser garantido, apesar de continuar sendo o fundamento maior do sistema capitalista.

Assim, o art. 1.228 do Código Civil declara que “*o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha*”. Excluindo qualquer ingerência alheia, a propriedade tem um conteúdo amplo que se distribui, nesta definição que é clássica, em *jus utendi* – é o direito de usar, como morar no imóvel, por exemplo; *jus fruendi* – é o direito de alugá-lo, se o proprietário assim quiser; *jus abutendi ou disponendi* – é o direito de vendê-lo ou demoli-lo; *reivindicatio* – é o direito de reivindicar a coisa de quem quer que injustamente a possua.

Mas, superando o Estado liberal – que postula a diminuição da atuação do Estado -, logo em seguida, o dispositivo posterior imediato do Código Civil, relativiza aquele direito ao dispor que: “*O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas*”.

Como o ambiente é bem público, patrimônio comum, vê-se, neste preceito, as preocupações do legislador com a questão social, ambiental e cultural: é que a propriedade não pode ter uso que beneficie apenas o titular, egoisticamente, mas deve cumprir *função social, ambiental e cultural*, beneficiando todos. Como observa Silvio de Salvo Venosa, “na medida em que o ser humano vai ocupando todo o espaço disponível no planeta, é primordial que o uso (da propriedade) seja feito de molde a preservar a vida digna e possível às futuras gerações”²⁵. Lembre-se que a Constituição só protege a propriedade que cumpra a função social que dela se espera tal como disposto da lei (por exemplo, o plano diretor em relação à propriedade urbana). O art. 5º

²⁵ *Código Civil*, p. 1438

da CF diz, em incisos seqüentes: XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - *a propriedade atenderá a sua função social*.

O direito de propriedade pode ter por objeto bens móveis e imóveis. A propriedade de bens móveis, por recair sobre bens que - no passado - tinham menos valor em relação aos bens de raiz, adquire-se por mera tradição, mera entrega. Aquele fato mudou completamente, entretanto os direitos autorais sobre programas de computador - cujo licenciamento é altamente rentável fazendo a fortuna de grandes empresas do setor da informática - são considerados, pela lei, bens móveis (Lei nº 9610/98, art. 3º).

Já a propriedade imobiliária só se adquire mediante um processo *formal, solene e custoso*, que é disciplinado pelo Código Civil: uma coisa é adquirir um livro numa livraria, outra, muito diferente, é adquirir a propriedade de um lote. Qual é a diferença básica? A diferença básica é que não basta, no caso do imóvel, ao comprador pagar o preço e, eventualmente, até ingressar na posse do bem. Ele tem de registrar a compra num serviço público específico e delegado que é o Registro de Imóveis, vulgarmente chamado de Cartório de Registro de Imóveis (CRI), cujo coração é a matrícula, ou seja, o fólio real, a ficha de identificação de cada imóvel da respectiva circunscrição cartorial²⁶ (é na matrícula o imóvel que a aquisição deve ser registrada). E ele tem de pagar o imposto. E ele tem de constituir um título aquisitivo, que pode ser de várias naturezas (compra e venda, doação, inventário, usucapião, etc).

O art. 1.245 do Código Civil dispõe: “*Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis*”. E logo em seguida: “*Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel*” (art. 1.245/§ 1º). Alienante é o vendedor: portanto, enquanto não se registrar o título aquisitivo (por exemplo, a escritura de compra e venda ou de doação), o imóvel não será de propriedade do comprador mas continuará na propriedade formal do vendedor.

Na verdade, a aquisição imobiliária – de imóvel urbano ou rural - é um processo solene e complexo que, em regra, envolve três fases (pode haver outras): a) a lavratura da escritura pública, que não passa de um contrato feito perante um tabelião, que tem fé pública, no Cartório de Notas²⁷; b) o pagamento de um imposto que é o Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (que é municipal no caso de transmissão

²⁶ Na matrícula, a lei exige, desde 2001, que a descrição do imóvel rural (apenas estes) seja feita via georreferenciamento: o art. 176/§ 3º da Lei nº 6.015/73 estabelece: “Nos casos de desmembramento, parcelamento ou remembramento de imóveis rurais, a identificação prevista na alínea *a* do item 3 do inciso II do § 1º será obtida a partir de memorial descritivo, assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, georreferenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional a ser fixada pelo INCRA, garantida a isenção de custos financeiros aos proprietários de imóveis rurais cuja somatória da área não exceda a quatro módulos fiscais”.

²⁷ Em algumas hipóteses, o negócio jurídico pode ser feito mediante instrumento particular (sem escritura, que é o documento lavrado por um tabelião) e depois levado a registro.

onerosa e estadual no caso de doação); c) o registro da escritura no Serviço Registral Imobiliário. São três etapas diferentes, que ocorrem perante serviços públicos diferentes – e todas onerosas.

Num quadro:

Quadro 8 – Etapas da transferência imobiliária

<i>Ato</i>	<i>Local</i>	<i>Receita</i>
Escritura de compra e venda ou doação	Cartório de Notas (qualquer um do Brasil)	Emolumento
Pagamento do imposto (Município ou o Estado)	Secretaria da Fazenda ou de Finanças	ITBI ou ITCMD
Registro da escritura	Registro de Imóveis da circunscrição do imóvel	Emolumento

Ora, o comprador já gasta um valor considerável para comprar o imóvel e terá que gastar, também, para pagar por todos esses serviços, embora esses valores possam ser abatidos do preço (o que é raro). No que tange apenas ao imposto, sua alíquota poderá chegar a 3% sobre o valor do negócio ou o valor venal do bem (o que for maior), sendo esta a alíquota máxima do ITBI no Município de São Paulo; e a 4% que é a alíquota do ITCMD no Estado de São Paulo (cujo máximo pode alcançar 8%, já exigida por vários Estados como Bahia e Pernambuco). Isto, aliado ao desconhecimento e ao fato de que o processo, muitas vezes, encontra entraves nos cartórios, sobretudo os de registro (que analisam o título antes de registrá-lo), faz com que grande parte dos imóveis se encontre no regime da *posse*²⁸. Estes casos demandam regularização fundiária que, por causa da larga informalidade das ocupações, tornou-se política pública estratégica para consolidar os domínios, tanto rurais quanto urbanos (Lei nº 11465/170, que é a lei de regularização fundiária).

Pode-se dizer que a maior parte dos imóveis rurais e urbanos do Brasil está no regime da *posse*: são herdeiros que não fazem inventário (atribuindo a cada um o seu quinhão), usucapiões cujos requisitos são completados mas os atos que os declaram não são registrados, transmissões onerosas informais. Tudo isso faz com o imóvel se desvalorize porque apenas com a posse, por exemplo, não se pode conseguir um financiamento no Banco dando o imóvel em garantia. Apenas com a mera posse não se pode constituir uma hipoteca e, logo, não se obtém crédito. Do ponto de vista

²⁸ Existe um ótimo livro, de grande sucesso, a respeito do tema, considerando que este é um problema de toda a América Latina: chama-se *O mistério do capital*, escrito pelo economista peruano Hernando de Soto. Segundo o autor, na América Latina foram criados, historicamente, muitas dificuldades jurídicas de acesso ao domínio, ao contrário do que ocorreu nos EUA, que incentivou a formação das propriedades, dinamizando a economia norte-americana. O principal entrave brasileiro desse período foi a Lei de Terras de 1850, que devolveu à Coroa (daí terras *devolutas*) todas as terras brasileiras ainda não ocupadas na época.

econômico, a posse constitui um “capital morto”²⁹ (Hernando de Soto) E, além disso, os conflitos possessórios se multiplicam na medida em que há uma insegurança dominial.

Se a propriedade é um direito constituído formalmente, a *posse* é um fato. Ela significa o exercício de fato de algum poder que caracteriza a propriedade (art. 1.196 do Código Civil); é um *estado de aparência de proprietário*: “estado de aparência protegido pelo Direito” (diz Venosa com base na teoria de Ihering de que a posse é a visibilidade do domínio). Ou “um domínio fático da pessoa sobre a coisa” (Stolze e Pamplona), acrescentando estes autores: “mesmo que o sujeito não seja proprietário mas se comporta como tal - por exemplo, plantando, construindo, morando – poderá ser considerado possuidor”³⁰. Mal comparando, a posse está para a propriedade como a união estável está para o casamento. É algo que existe no mundo de relações, como fato social, mas que não foi formalizado perante o Estado. E diz o mesmo economista peruano que “o sistema formal da propriedade é a central hidrelétrica do capital. É onde nasce o capital”³¹.

Basicamente, a distinção é esta: a propriedade imobiliária se constitui de modo solene enquanto a posse não: a posse, estando fora do sistema formal do domínio imobiliário, pode se transmitir meramente com a entrega das chaves da casa, após o pagamento do preço, sem qualquer outro requisito. Ou, então, ainda no campo extralegal, poderá existir um mero recibo que não transfere nada. Isto sem falar na compra de lote em parcelamento ilegal (que não tem matrícula no CRI) ou no desdobro informal com a venda posterior das áreas assim formadas. Há, portanto, diversos problemas envolvidos na aquisição imobiliária, de diversas ordens: em relação à transmissão, em relação ao bem, ao próprio vendedor (que pode ter dívidas e o patrimônio dele responderá por elas³²), etc.

Dessa forma, quem adquire daquela forma - ou aqueles bens - não se torna proprietário mas *posseiro* ou *possuidor dos imóveis* (expressões sinônimas) – e, como vimos antes, o vendedor, que registrou seu título quando da compra, continuará sendo proprietário do bem. Como em nosso Direito vigora o princípio de que o patrimônio responde pelo pagamento das dívidas (e não o corpo do devedor), se, por acaso, o vendedor deixar de pagar uma dívida, o imóvel poderá ser penhorado para tal finalidade, o que gerará muitos problemas para o adquirente que comprou mas não registrou sua aquisição, tornando-se apenas possuidor. Se este quiser edificar no lote,

²⁹ Em 2017, com o *direito de laje*, a lei brasileira de regularização fundiária colocou no mercado um capital morto, com a possibilidade de constituição de domínios sobre ou sob a edificação já levantada, chamada de “construção-base”. Inseriu no Código Civil o art. 1510-A, que diz: “O proprietário de uma construção-base poderá ceder a superfície superior ou inferior de sua construção a fim de que o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo”.

³⁰ *Manual*, p. 994

³¹ *O mistério do capital*, p. 60

³² Se o vendedor tiver dívidas, conforme o caso, a venda poderá ser considerada “fraude contra credores”, porque vai lesar os credores, que poderão anulá-la para ter o seu crédito satisfeito (arts. 158-165 do CC). Daí a necessidade da obtenção de certidões negativas dos cartórios distribuidores antes da formalização do negócio jurídico.

para aprovação do projeto na Prefeitura terá de regularizar antes o domínio (até porque a propriedade pode ser de outrem). Os problemas são muitos em face da transmissão informal, que não gera o domínio do comprador.

Se é certo que a posse não significa propriedade, ela poderá gerar a propriedade via usucapião, que, em linha de definição, é um modo de aquisição da propriedade pela posse prolongada da coisa – *posse justa, mansa e pacífica*, que, ao contrário, não seja “*violenta, clandestina ou precária*” (art. 1200 do CC). A posse viciada não alcançará jamais a usucapião porque o Direito não poderá acobertar atos ilícitos e injustos.

Depois de preenchidos os requisitos legais, para formalização da usucapião deverá haver processo que pode ser feito na Justiça ou agora, extrajudicialmente, no próprio Registro de Imóveis. Desde 2015, a lei de Registros Públicos diz: “*Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com: (...) II - planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes*” (Lei nº 6.015/73, art. 216-A). A lei facilitou, portanto, a conversão da posse em propriedade para segurança e valorização do domínio, tornando o processo bem mais simples mas exige a participação de arquiteto ou engenheiro para elaboração de planta e memorial delimitando a área usucapienda (com apresentação de ART/RRT)³³.

Por fim, cabe lembrar o velho ditado, que os cartórios de notas costumam colocar nas escrituras: “*quem não registra não é dono*”. Esta parêmia não é totalmente certa por vários motivos. Stolze e Pamplona dizem que ela contém uma meia verdade “porque a propriedade poderá ser adquirida por outros meios, a exemplo da usucapião (...) Sucede que, no âmbito das relações negociais, de fato, somente o registro do título tem o condão de operar a transferência do domínio. Isso porque, no direito brasileiro, exige-se, além do ‘título’, uma ‘solenidade’: o registro no caso dos bens imóveis”³⁴. Com o registro do título aquisitivo, forma-se uma *presunção relativa (jûris tantum)* de que o proprietário é quem aparece por último, como adquirente, na ficha de matrícula. No entanto, isto poderá não ser verdade: outra pessoa pode estar na posse do imóvel há anos, cumprindo todos os requisitos da usucapião. Logo, este será o proprietário verdadeiro. Ou, então, a ficha pode indicar alguém falecido e cujos herdeiros ainda não promoveram o inventário dos bens dele. São exemplos que demonstram que o registro não confere certeza inequívoca do domínio (presunção absoluta).

³³ Como escreve Orlando Gomes, “o objeto do direito de propriedade há de ser coisa *especificamente determinada*” (*Direitos reais*, p. 99).

³⁴ Op. cit., p. 1041

Apesar disso cabe dizer que em outros países não existe o Registro de Imóveis - como é o caso dos EUA, o que está na raiz da crise financeira ou crise do “*subprime*”, de 2007/2008, também chamada de “bolha imobiliária”. Ela levou à crise sistêmica do sistema bancário americano e teve reflexos globais. “*Subprime loan*” são empréstimos hipotecários de alto risco de inadimplência feitos pelos bancos, e que se pode denominar de “hipotecas podres”. Quando os tomadores dos empréstimos deixaram de pagar as parcelas, os bancos – e os adquirentes dos títulos hipotecários, já negociados como derivativos com outras instituições – começaram a ver que o imóvel não garantia o pagamento da dívida porque havia múltiplos financiamentos tomados com o mesmo imóvel dado em garantia³⁵. Isto não ocorreria no Brasil porque a hipoteca – que é um direito real de garantia do pagamento de uma dívida – precisa ser levada ao Registro de Imóveis, para ganhar publicidade e valer contra terceiros.

7. Detenção

Por fim, cabe falar da detenção que é uma relação jurídica mais tênue entre o bem e o titular, mais tênue ainda do que a posse, e que, ao contrário desta, não se converterá em propriedade. O art. 1.198 do Código Civil declara: “*Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas*”.

Em outras palavras, o detentor – dito *fâmulos* ou *servidor da posse* - é aquele que mantém da posse de outra pessoa sobre o imóvel, por força de vínculo empregatício ou prestação de serviço ou qualquer outro (até parentesco). Ele cumpre ordens do possuidor e, via de regra, apenas guarda, conserva e custodia o imóvel. Considera Venosa que “o detentor, ou fâmulos, não usufrui do sentido econômico da posse, que pertence a outrem. Nesta situação se colocam os administradores da propriedade imóvel”³⁶. E Maria Helena Diniz agrega: é o que ocorre, por exemplo, com empregados em geral ou prestadores de serviços, caseiros, amigos hospedados numa casa – “que, por presunção *juris tantum*, são considerados detentores de bens sobre os quais não exercem posse própria”³⁷.

Que fique claro, no entanto, que será sempre possível ao *detentor* assumir a condição de *possuidor* se rompido o vínculo de dependência por qualquer motivo e passar ele, então, a exercer a posse do bem em nome próprio. É o que diz o art. 1.204 do Código Civil: “*Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade*”.

8. Alguns cruzamentos possíveis

³⁵ Existe um bom livro sobre o colapso financeiro de 2008, que virou filme em 2015: trata-se de *A Jogada do Século (The big short)*, de Michael Lewis (2010).

³⁶ Op. cit., p. 1378

³⁷ Op. cit., p. 820

É perfeitamente possível se fazer cruzamentos entre as espécies de bens imóveis antes descritas. Assim, é possível existir um *bem público, na zona rural, na posse de particulares* (são as terras devolutas, mas este não é o único caso que se enquadra na hipótese). Ou *bem privado, na zona urbana, na posse do Estado* (de fato, o Poder Público nem sempre dispõe de título de domínio dos muitos imóveis que ocupa para o desenvolvimento de suas atividades).

O processo de privatização *ilegal* dos bens públicos é contínuo e intenso, muito disseminado pelo país diante da falta de fiscalização ou até mesmo conivência dos agentes públicos. São avanços das edificações sobre os passeios públicos, mesas de bares e restaurantes dispostas na calçada impedindo o fluxo de pedestres, cercamento de praias marítimas para uso de hotéis³⁸ (até a construção de edifícios destinados a casas e hotéis, na praia), ou mesmo a doação, pelo Município, de áreas afetadas ao uso comum do povo para entidades e associações.

É que os Municípios têm um grande patrimônio imobiliário que recebem, em doação, no processo de parcelamento do solo para fins urbanos. Porém, apesar do disposto no art. 17 da Lei nº 6766/79, o ente local não instala nem praça e nem edificações para uso institucional nas áreas recebidas que ficam vagas e, ilegalmente, são, depois de *desafetadas*, doadas a entidades particulares e aos outros entes públicos (Estado e União), quando estes precisam de imóveis. A comunidade, assim, fica fortemente prejudicada. Em Presidente Prudente, por exemplo, o Fórum Federal foi levantado pela União, no ano de 1994, em área destinada à instalação de praça pública: a praça nunca foi instalada e, depois, a área vazia foi transferida à União para construção do fórum.

Mas é importante ressaltar que a privatização dos bens públicos pode também ser *legal*, ou seja, com o consentimento expresso da Administração Pública baseado na lei. O uso de bens públicos pode ser privatizado mediante a utilização de instrumentos como a autorização, permissão e concessão, dentre vários outros. É o caso de bancas de jornal em praças, de utilização provisória de passeios para colocação de tapumes de fechamento do canteiro de obras (que demanda autorização da Prefeitura), de instalação circos e parques em áreas públicas - até situações bem mais graves e importantes do ponto de vista econômico como a concessão onerosa de rodovias e ferrovias à iniciativa privada (art. 175 da CF). Em caso de rodovias e ferrovias não se

³⁸ A Lei nº 7661/88, que institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, dispõe no art. 10: “As praias são *bens públicos de uso comum do povo, sendo assegurado, sempre, livre e franco acesso a elas e ao mar*, em qualquer direção e sentido, ressalvados os trechos considerados de interesse de segurança nacional ou incluídos em áreas protegidas por legislação específica. § 1º. Não será permitida a urbanização ou qualquer forma de utilização do solo na Zona Costeira que impeça ou dificulte o acesso assegurado no caput deste artigo. § 2º. A regulamentação desta lei determinará as características e as modalidades de acesso que garantam o uso público das praias e do mar. § 3º. Entende-se por praia a área coberta e descoberta periodicamente pelas águas, acrescida da faixa subsequente de material detrítico, tal como areias, cascalhos, seixos e pedregulhos, até o limite onde se inicie a vegetação natural, ou, em sua ausência, onde comece um outro ecossistema”.

trata de alienação mas de transferência apenas da gestão do modal de transporte de propriedade estatal, que, mediante licitação, passa a ser administrado e explorado por entidade privada, concessionária de serviços públicos, mediante “contrato de gestão”.

É importante destacar este fato: *privatização* não se confunde como *desestatização*. Quando se fala em *privatização de infraestrutura do Estado* não se está falando, via de regra, em alienação de bens mas em transferência gestão de certo patrimônio público afetado a um serviço (uma rodovia, por exemplo), porque se considera que a empresa privada seria mais eficiente do que o Estado na prestação de serviços públicos. Evidente que isto não é correto em todos os casos, podendo haver serviços eficientes e ineficientes prestados tanto pelo Estado quanto pela iniciativa privada.

O oposto disso, ou seja, a *publicização* de bens privados constitui fenômeno muito menos comum porque o Estado, se precisar de algum bem particular para finalidades públicas, deverá antes desapropriá-lo ou comprá-lo (caso haja ou não haja a concordância do proprietário privado). A Constituição Federal, depois de garantir o direito de propriedade, estabelece no art. 5º/XXIV: “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”. Um desses casos fixados na ressalva final está no *confisco* permitido pelo art. 243 que, depois de emenda constitucional de 2014, passou a dispor: “As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas *culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo* na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, *sem qualquer indenização ao proprietário* e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º”. Nenhuma propriedade imobiliária pode ser destinada àquelas atividades, que são ilícitas, justificando a perda do bem para o Estado, sem indenização.

Referências bibliográficas –

1. AMARAL, Francisco. *Direito civil – introdução*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018
2. CORNU, Gérard. *Droit civil – introduction, les personnes, les biens*. 12ª ed. Paris: Montchrestien, 2006
3. CRETELLA JÚNIOR, José. *Introdução ao estudo do Direito*. Rio: Forense, 1984
4. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30ª ed. Rio: Forense, 2017
5. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009
6. FERNÁNDEZ, Antonio Carceller. *Instituciones de derecho urbanístico*. 5ª ed. Madrid: Montecorvo, 1992
7. GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 12ª ed. Rio: Forense, 1996
8. HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 16ª ed. Rio: José Olympio, 1983
9. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos – função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009
10. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 16ª ed. São Paulo: RT, 2012

11. NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Introdução ao direito fundiário*. Porto Alegre: Fabris, 1985
12. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, vol. I – Introdução ao Direito Civil*. 5ª ed. Rio: Forense, 1978
13. SOTO, Hernando de. *O mistério do capital – Por que o capitalismo dá certo nos países desenvolvidos e fracassa no resto do mundo*. Tradução de Zaida Maldonado. Rio: Record, 2001
14. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013

Textos anexos –

Os pequenos textos a seguir apresentam explicam ou esclarecem passagens do texto principal referente ao regime jurídico dos espaços territoriais. São textos nem sempre de fácil consulta e que estão sendo reproduzidos aqui como um adendo ou um acréscimo, sobretudo de natureza extrajurídica.

1. Visão do Direito – Cretella Júnior

“Em 1940, durante a segunda guerra mundial, um comando inglês conseguiu penetrar, sorrateiramente, no quartel general alemão, em Paris, na Rua de Rivoli, aproveitando a ausência do oficial responsável pela sala secreta, o qual fazia sua habitual visita ao Museu do Louvre, às onze em ponto, regressando, precisamente, às doze horas.

Ao entrar na sala, os homens colocaram nos olhos lentes especiais, que revelaram feixes de raios, infravermelhos, cortando o espaço em todas as direções, raios, que tocados, fariam soar o alarme.

Esgueirando-se dos raios, chegaram ao cofre, abriram-no e fotografaram a chave ou mapa da nau corsária ‘Atlantis’, que já torpedeara mais de cem navios aliados, disfarçando-se sempre, em pacífico navio de passageiros, mudando constantemente a rota, de acordo com a chave, agora em poder dos aliados. A posse do mapa permitiu localizar o barco diabólico e seu conseqüente afundamento. A visão panorâmica do feixe de raios permitiu que não fossem tocados.

Os que se iniciam no estudo do direito assemelham-se àqueles homens que, preparados pela técnica, passaram a ver o que não viam antes. Assim ocorre com quem se prepara para entrar no mundo jurídico, emaranhado sistemático de feixes de normas jurídicas”. (José Cretella Júnior, *Introdução ao estudo do Direito*, Rio: Forense, 1984, apresentação)

2. Lex Poetelia Papiria – Tito Lívio (59 a.C. – 17 d.C.)

Fazendo recair a responsabilidade sobre o patrimônio, a *Lex Poetelia Papiria* marcou um avanço civilizatório fundamental. José Carlos Moreira Alves, tratando dos elementos essenciais da obrigação, escreve: “Com relação ao vínculo existente entre sujeito ativo e sujeito passivo, era ele, a princípio, puramente material (o devedor respondia pela dívida com seu próprio corpo); mais tarde, a partir da lei *Poetelia Papiria* (326 a. C.), passou a ser um vínculo jurídico (isto é, imaterial), respondendo, então, pelo débito, não mais o corpo do devedor, mas seu patrimônio” (*Direito Romano*, 19ª ed., 2019, p. 382). A história da lei é contada pelo historiador romano Tito Lívio, em sua *História de Roma* (*Ab urbe condita libri*, ou seja, *Desde a fundação da cidade*):

“Supressão da escravidão por dívidas –

Naquele ano a plebe romana teve sua liberdade de certo modo restabelecida, com a supressão da escravidão por dívidas. Essa modificação no Direito foi devida à infame paixão e à crueldade de um usurário chamado Lúcio Papírio.

Caio Públio se havia entregado a Papírio como escravo para resgatar as dívidas de seu pai. A idade e a beleza do jovem, que deveriam ter provocado a piedade de Papírio, despertaram nele uma paixão viciosa. Considerando a beleza do jovem como um acréscimo de suas riquezas, tratou primeiramente e seduzi-lo com propostas obscenas. Como Públio permanecesse surdo e desprezasse aquela indignidade, passou a amedrontá-lo com ameaças, lembrando-lhe constantemente sua atual condição. Finalmente, ao ver que ele pensava mais em sua qualidade de homem livre do que em sua situação presente, mandou que o desnudassem e trouxessem as varas. Dilacerado pelos golpes, o jovem conseguiu escapar e correu pelas ruas da cidade, bradando contra contra a infâmia e crueldade do usurário. Uma grande multidão, comovida pela idade do jovem e indignada com o ultraje, lembrando-se também de sua própria condição e da de seus filhos, correu ao Fórum e de lá partiu em coluna para a cúria. Forçados por aquele tumulto imprevisto os cônsules provocaram o Senado. À medida que os senadores entravam, o povo se arrojava a seus pés, mostrando-lhes o dorso dilacerado do rapaz.

Naquele dia, em virtude da violência de um só homem, desfez-se um dos mais fortes vínculos do crédito. Os cônsules receberam ordem de propor ao povo que, no futuro, nenhum cidadão ficasse sujeito à cadeia ou aos grilhões enquanto aguardasse o castigo, a menos que tivesse cometido algum crime. Os bens do devedor, e não seu corpo, responderiam pelas dívidas. Assim, libertaram-se todos os escravos por dívidas e tomaram-se providências para que, daí por diante, nenhum devedor fosse preso” (*História de Roma*, Livro VIII, vol. II, tradução de Paulo Matos Peixoto. São Paulo: Paumape, 1989, p. 181).

O último resquício da prisão civil por dívidas no Brasil aparece no art. 5º/XVII da CF – “*não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel*”. Quanto à primeira hipótese, o STJ já firmou a Súmula Vinculante 25 que, por força de tratados

internacionais firmados pelo Brasil, diz: “*É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito*”.

3. A propriedade é o roubo – Proudhon (1809-1865)

“Se eu tivesse que responder à seguinte pergunta: *O que é a escravidão?* e respondesse sem hesitar: *É o assassinio*, o meu pensamento ficaria perfeitamente expresso. Não precisarei fazer um grande discurso para mostrar que o poder de privar o homem do pensamento, da vontade e da personalidade, é um poder de vida e morte e que fazer de um homem escravo equivale a assassiná-lo. Porque então, a essa outra pergunta: *O que é a propriedade?* não posso responder simplesmente: *É o roubo*, ficando com a certeza que me entendem, embora esta segunda proposição não seja que a primeira, transformada?

Proponho-me discutir a própria base do nosso governo e instituições, a propriedade; estou no meu direito: posso enganar-se na conclusão a tirar das minhas buscas; estou no meu direito: apetece-me por o pensamento final do meu livro no princípio; estou sempre no meu direito.

Certo autor ensina que a propriedade é um direito civil, nascido da ocupação e sancionado pela lei; um outro sustenta que é um direito natural, tendo a sua origem no trabalho: e estas doutrinas, ainda que pareçam opostas, são encontradas e aplaudidas. Eu pretendo que nem o trabalho, nem a ocupação, nem a lei, podem criar a propriedade; que ela é um efeito sem causa: é repreensível pensar assim?

Quanta objeção se levanta!

- **A propriedade é o roubo!** Eis o clarim de 93! Eis o grane barulho das revoluções!...

Leitor, sossegue: não sou, de maneira nenhuma um agente de discórdia, um instigador da revolta. Antecipo de alguns dias a história; exponho uma verdade de que tentamos, inutilmente, impedir a eclosão; escrevo o preâmbulo de nossa futura constituição. Se as preocupações nos permitissem ou vir esta definição que vos parece blasfema, a **propriedade é o roubo**, teríamos o aguilhão mágico da tempestade; mas quantos interesses, quantos preconceitos se opõem a isso!... A filosofia não modificará em nada o curso dos acontecimentos; os destinos cumprir-se-ão independentemente da profecia: aliás, não é preciso que se faça justiça e a nossa educação se complete?

- **A propriedade é o roubo...** Que modificação no pensamento humano! **Proprietário e ladrão** sempre foram expressões contraditórias, tanto quanto os seres que designam são antipáticos; todas as línguas consagram esta antilogia” (...) (Proudhon, *O que é a propriedade?* Tradução de Marília Caeiro. Lisboa: Estampa, 1985, p. 11-12)

II. Alteração de limites: dos deuses aos homens

1. Uma longa tradição

Muitas leis “humanas” derivaram de leis “divinas”, o que as ciências históricas de há muito observaram. Durante a história, a invocação de Deus cristão ou de deus pagão serviu para acobertar e dar autoridade para normas de conduta desejadas pelos homens ou por uma classe de homens. Ganhava legitimidade divina o preceito que regulava a vida humana. Assim, por exemplo, antes de a proibição de matar constar no art. 121 do Código Penal, ela foi revelada para Moisés no Monte Sinai (é o quinto mandamento do decálogo de Êxodo 20:13) e aparece outras vezes no Pentateuco (os cinco primeiros livros da Bíblia). Depois, o Estado, retendo o monopólio da força, é que assumiu toda a autoridade política, tanto de produzir como de aplicar as leis.

Da mesma forma em relação ao crime de *alteração de limites* para apropriação, no todo ou em parte, de coisa imóvel alheia (art. 161 do Código Penal). É o caso típico do vizinho de imóvel rural que, na calada da noite, desloca alguns metros a cerca divisória da propriedade para o fim de ampliar seus domínios territoriais. Ou, no caso de imóvel urbano, quem levanta o muro divisório além do limite do lote, cujos originais marcos retira de modo intencional. Tal delito, que protege os proprietários imobiliários, equivale ao furto no caso de coisas móveis. Nesta hipótese, a dicção legal é: “*subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel*” (art. 155). Como crimes patrimoniais que são, o furto está para os móveis como a alteração de limites para os imóveis.

A origem do crime de alteração de limites de bens imóveis para apropriação de área se perde na noite dos tempos. Na Bíblia, muitas são as passagens que prevêm a punição do usurpador de divisas, o que é um tema recorrente no Antigo Testamento.

Serão transcritos, a seguir, versículos de três livros, que apresentam enormes variações nas traduções existentes (algumas até incompreensíveis).

A tradução apresentada aqui é da *Bíblia de Jerusalém*: no Deuteronômio, 19:14 – “Não deslocarás as fronteiras do teu vizinho, colocadas pelos antepassados no patrimônio que irás herdar, na terra cuja posse Iahweh teu Deus te dará”. Depois, adiante, no mesmo livro: 27:16 – “Maldito seja aquele que desloca a fronteira do seu vizinho”³⁹. Também no livro de Jó 24:2 – “Os ímpios mudam as fronteiras, roubam rebanho e pastor”. E depois em Provérbios 22:28 – “Não desloques os marcos antigos que os teus pais colocaram” e 23:10 – “Não desloques o marco antigo, e não entres no campo dos órfãos”.

Já em Roma, havia um deus pagão que protegia os limites que era o deus Término ou Termo – o “*guardião das divisas*” - representado pelo torso de um velho sem pernas e braços, que, fincado no solo, amedrontava os possíveis invasores em razão do possível sacrilégio. Como se sabe, a Lei das XII Tábuas estabelecia uma faixa livre de terras entre as propriedades vizinhas, para evitar conflitos, faixa essa que se chamava *ambitus*, nas cidades e *iter limitare*, no campo. Tal forma da limitação da propriedade imobiliária tinha cunho religioso e, sobretudo no campo, as divisas eram protegidas pelo referido deus Término, representado por um velho carrancudo (a demonstrar que a divisa existia há muito tempo, intimidando quem dela se aproximasse), sem braços e sem pernas (evidenciando que ela não foi e não poderia ser deslocada).

Maurice Rat, em sua *Mythologie*, coloca-o entre as divindades romanas do campo e da cidade. E explica:

“Termo, em latim, *Terminus*, é um deus exclusivamente romano mas de origem tardia. Antes dele, a proteção das divisas no campo cabia a *Jupiter-Terminus*, cuja festa, instituída por Numa – a Terminália –, era celebrada no dia 23 de fevereiro e tinham por efeito comunicar a todos que os limites tinham um valor sagrado. Uma lenda antiga diz que Tarquínio, o Soberbo, quis construir um grande templo a Júpiter, no Capitólio, sendo necessário deslocar as estátuas e os santuários que lá havia. Todos aceitaram menos *Terminus* que se seguiu firme e não pode ser deslocado. Elevou-se então um templo a Termo neste mesmo lugar, no entorno de sua estátua inamovível. Representado, no começo, por um toco ou por uma grande pedra quadrada, o deus Termo foi mais tarde representado por uma cabeça humana sobre um limite: sem tronco, nem braços e pernas, para significar que ele não poderia e nem gostaria de mudar de lugar. No dia de sua festa, reuniam-se os vizinhos para enfeitar as divisas rurais de guirlandas e folhagens e para fazer um sacrifício, quando lhe ofereciam leite, mel e

³⁹ No Deuteronômio há também uma interessante regra de segurança das edificações que é o versículo de 22:8 – “Quando constróis uma casa nova, deves fazer um parapeito no terraço; deste modo evitarás que a tua casa seja responsável pela vingança do sangue, caso alguém dele caia”.

frutas, fazendo-se uma refeição em comum. Estas cerimônias existiam ainda no tempo de Augusto” (p. 96).

A partir da Idade Média, o caráter patrimonial do crime passou a prevalecer sobre quaisquer outras naturezas que tivesse como o crime sacrílego, o dano e a fé pública. Assim, as Ordenações Filipinas (de 1603 e que vigorou no Brasil até 1830) puniam severamente aqueles que “arrancam marcos”, como consta no Título LXVII; “Qualquer pessoa que, sem autoridade de Justiça, ou sem consentimento das partes a que pertencer, arrancar marco posto em alguma herança por demarcação, se for peão, seja açoitado publicamente pela Vila, e degradado dois anos para a África. E se for escudeiro, e daí pra cima, seja somente degradado os ditos dois anos. E metendo marco novamente, sem autoridade de Justiça, ou das partes a que tocar, haverá as mesmas penas e pagará a valia da propriedade que queria alhear com meter o marcos, a metade para a parte e a outra para a nossa Câmara. E arrancando marco não sabendo que o era, mas somente com intenção de furtar a pedra, ou coisa posta por demarcação, haverá a pena de furto, segundo a valia dela, pois que teve a intenção de furtar e furtou coisa alheia” (Esta última determinação punia, como se vê, o dano).

O crime esteve no Código Penal do Império (1830, art. 267) e, no Código Penal brasileiro de 1890, está no Título XII referente aos crimes contra a propriedade particular e pública, dizendo da destruição de coisa alheia: “Se a destruição ou danificação for de coisas que sirvam para distinguir ou separar os limites da propriedade imóvel, urbana ou rural”, as penas são “de prisão celular por um a seis meses e multa de 5 a 20% do dano causado”. Portanto, é figura penal que tem longa história, sempre na defesa dos limites da propriedade imobiliária e punindo quem a deslocasse ou mesmo danificasse trazendo insegurança para os domínios. A distinção ou separação entre os imóveis era o bem protegido pela lei penal.

2. Da usurpação: posse e propriedade

Depois dessa longa trajetória, multissecular, o crime chega ao vigente Código Penal brasileiro, de 1940, dentro do Título II – Dos crimes contra o patrimônio, Capítulo III – Da usurpação, e tem a seguinte dicção:

Alteração de limites

Art. 161 - Suprimir ou deslocar tapume, marco, ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória, para apropriar-se, no todo ou em parte, de coisa imóvel alheia:

Pena - detenção, de um a seis meses, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem:

Usurpação de águas

I - desvia ou represa, em proveito próprio ou de outrem, águas alheias;

Ebulho possessório

II - invade, com violência a pessoa ou grave ameaça, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório.

§ 2º - *Se o agente usa de violência, incorre também na pena a esta cominada.*

§ 3º - *Se a propriedade é particular, e não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.*

O primeiro ponto a observar é que a *alteração de limites* se distingue do *esbulho possessório* porquanto, nos direitos reais, a propriedade se distingue da posse. A propriedade é um direito e a posse é um fato. O esbulho significa penetrar, ingressar, entrar à força e com o concurso de mais pessoas (pelo menos três, dificultando a resistência do possuidor) em área sob posse de outrem. Não se discute aqui quem é proprietário porque o esbulho possessório afronta a posse de maneira coletiva e com violência ou grave ameaça contra a pessoa, deslocando e derrubando cercas e porteiras, por exemplo. Se forem duas ou uma só pessoa, pode-se configurar o crime de invasão de domicílio (art. 150 do Código Penal).

Para efeito penal, o esbulho precisa ser entendido em sentido amplo (“invasão”), porém, para efeitos civis, há gradações. “Esbulhar” significa retirar a posse; “turbar” é perturbá-la com atos concretos pontuais; ameaçar é anunciar a prática de esbulho ou turbação, estando todas dentro do conceito geral de afronta à posse de outrem sobre o imóvel. Mas haverá uma gradação decrescente de desrespeito à posse entre *esbulho/turbação/ameaça*.

Nestes casos, além do crime (turbação pode ser vista como tentativa de esbulho), apresenta-se para o possuidor a ação de reintegração ou manutenção de posse que vale para o esbulho e para a turbação, respectivamente. Isto porque o art. 560 do Código de Processo Civil determina: “*O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado em caso de esbulho*”. Assim, pode o juiz expedir mandado liminar de reintegração (esbulho) ou manutenção (turbação) ou de interdito proibitório no caso de ameaça (art. 567 do CPC: “*O possuidor direto ou indireto que tenha justo receio de ser molestado na posse poderá requerer ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório em que se comine ao réu determinada pena pecuniária caso transgrida o preceito*”).

Discute-se se há o crime no caso das invasões de terra pelos movimentos de trabalhadores rurais. Porém aqui, a melhor doutrina é aquela que entende que não se configura o crime porque os “integrantes invadem fazendas visando exclusiva e unicamente pressionar o governo a desapropriá-la, a fim de acelerar a implementação da reforma agrária prevista na Constituição”. Quem assim considera é, por exemplo, Celso

Delmanto e outros (*Código Penal Comentado*, p. 593). Os integrantes do movimento não invadem para usurpar, para apropriar-se da terra, para nela permanecer, mas para pressionar o governo, o que afastaria o dolo exigido pelo Código Penal.

Porém, a figura tradicional a considerar (e isolar) é a primeira, a *alteração de limites*, que, projetando-se na parcela territorial, tem contornos específicos na proteção da propriedade imobiliária, urbana ou rural, pública ou privada - embora tenha pena reduzida. Veja-se que no Código Penal argentino (e em outros) a pena é bem maior que aquela da lei brasileira:

“Usurpación. Art. 181- Será reprimido con prisión de seis meses a tres años: 1º el que por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes; 2º el que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterar los términos o límites del mismo; 3º el que, con violencias o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble”.

3. Da alteração de limites

Alteração de limites imobiliários, ou melhor, *alteração de divisas* (porque a alteração ocorre no marco divisório lançado no solo), é crime doloso contra o patrimônio, como o roubo, o furto, etc. O criminoso vai apropriar-se, no todo ou em parte, de área alheia de modo ilegítimo, de modo fraudulento, usurpando o direito de outrem (o legítimo proprietário do bem, que será lesado). Não cabe discutir, para elidir o crime, como foram colocadas as divisas objeto do deslocamento ou supressão, se por mútuo consenso entre as partes ou reconhecimento tácito ou qualquer outra. O fato é que elas existiam, eram conhecidas e reconhecidas, e foram suprimidas.

Portanto, o sujeito ativo do crime, ou seja, o criminoso, não pode ser qualquer pessoa: só poderá ser o proprietário lindeiro, contíguo, ou seja, aquele cujo domínio faz limite com a propriedade da vítima porque, do contrário, o crime não poderia existir. O possuidor desse imóvel lindeiro – por exemplo, o usucapiente - também pode ser sujeito ativo do crime, segundo entende parte da doutrina (para a outra parte, só o proprietário será). É um chamado *crime próprio* (aquele que apenas certas pessoas podem cometer) e praticado apenas *por ação* (jamais por omissão porque os verbos do tipo indicam ação). E o sujeito passivo, ou a vítima, é o proprietário imobiliário que teve a linha demarcatória indevidamente modificada, em seu prejuízo.

Segundo o mesmo Nelson Hungria, são elementos integrantes da alteração de limites: “a) existência de tapume, marcos ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória; b) sua supressão ou deslocamento; c) fim de apropriar-se da coisa imóvel alheia (dolo específico” (*Comentários ao Código Penal*, p. 83). A colocação de novos

sinais sem remoção ou supressão dos antigos não constitui o crime, embora possa caracterizar turbação à posse. A tentativa – que ocorre quando o crime não se consuma “por circunstâncias alheias à vontade do agente” - é admissível: “se o agente é surpreendido no momento mesmo da supressão ou deslocamento, e impedido de prosseguir, o que se apresenta é simples tentativa de crime”, diz Hungria.

Efetivamente, os elementos do tipo são “suprimir”, que é eliminar ou fazer desaparecer, ou “deslocar”, que é mudar do local onde estava anteriormente, qualquer sinal divisório. E daí a lei é clara na exemplificação: tapume, marco ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória, como uma cerca, um muro, uma grade – contínuos ou descontínuos -, mas com o objetivo de apropriar-se, no todo ou em parte, de coisa imóvel alheia. Este é o dolo específico exigido pelo do crime: “é a finalidade de se apropriar de coisa alheia imóvel” (Guilherme de Souza Nucci, *Manual de Direito Penal*, p. 762).

Se dois ou mais proprietários lindeiros têm litígio sobre a linha divisória, não poderá um deles apenas – sorrateiramente, sem a presença do vizinho - deslocar sua cerca que estará praticando o crime ou, conforme o caso, o delito de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 – “fazer justiça pelas próprias mãos”). Juridicamente, diante do litígio o que ele terá de fazer é propor uma ação de demarcação, prevista no art. 569 do CPC: “*Cabe ao proprietário a ação de demarcação, para obrigar o seu confinante a estrear os respectivos prédios, fixando-se novos limites entre eles ou aviventando-se os já apagados*”. Na petição inicial desta ação, “*instruída com os títulos da propriedade, designar-se-á o imóvel pela situação e pela denominação, descrever-se-ão os limites por constituir, aviventar ou renovar e nomear-se-ão todos os confinantes da linha demarcanda*” (art. 574).

Como o julgamento da causa depende de conhecimento técnico e científico, haverá perícia feita por um engenheiro cartógrafo e de agrimensura e “*a sentença que julgar procedente o pedido determinará o traçado da linha demarcanda*” (art. 581), determinando a decisão, ainda, “*a restituição da área invadida, se houver, declarando o domínio ou a posse do prejudicado, ou ambos*”. O juiz vai decidir a contenda, diante das provas produzidas. Depois dos recursos, “*transitada em julgado a sentença, o perito efetuará a demarcação e colocará os marcos necessários*” (art. 582). Veja-se que, para encerrar o litígio, a sentença determina o limite e, além disso, o perito deverá demarcar a linha divisória, ficando os marcos necessários, ou seja, *delimita-se e demarca-se* na mesma ação judicial (embora ela tenha o nome de ação de demarcação de terras particulares – é que não se pode demarcar sem antes delimitar).

Conclui Hungria os seus comentários dizendo que - “o que a lei protege com a incriminação da alteração de limites é a *propriedade*, e não a *posse*” (op. cit, p. 85). O objeto da tutela penal, diz ele, é a inviolabilidade do patrimônio imobiliário, que, “embora não suscetível de subtração (*immobilia non contrectantur*), pode ser arbitrariamente invadido ou ocupado, com detrimento do direito do *dominus* ao seu livre

gozo e imperturbada posse” (op. cit., p. 82). Os imóveis não se roubam, diz aquela parêmia. Hoje, não é mais o deus Término que garante o respeito às divisas da propriedade imobiliária, mas a Constituição, a lei, o Direito, mas a Justiça dos homens.

Referências bibliográficas –

1. *BÍBLIA DE JERUSALEM*. São Paulo: Paulinas, 1985
2. DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 8ª ed., 2011
3. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, vol. VII. Rio: Forense, 1955
4. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 14ª ed. Rio: Forense, 2018
5. RAT, Maurice. *Mythologie – Légendes des dieux et des héros grecs et latins*. Paris: Plon, 1950