

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

LEONARDO CAIXETA DOS SANTOS

**USUCAPIÃO ADMINISTRATIVA:
DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E
EFETIVAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL**

POUSO ALEGRE - MG
2016

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

LEONARDO CAIXETA DOS SANTOS

**USUCAPIÃO ADMINISTRATIVA:
DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E
EFETIVAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL**

Dissertação apresentada como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Constitucionalismo e Democracia do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Orientador: Professor Doutor Leandro Corrêa de Oliveira.

POUSO ALEGRE - MG
2016

FICHA CATALOGRÁFICA

S237u

Santos, Leonardo Caixeta dos.

Usucapião administrativa: democratização do acesso à Justiça e efetivação da função social / Leonardo Caixeta dos Santos. Pouso Alegre - MG: FDSM, 2016. 190p.

Orientador: Prof. Dr. Leandro Corrêa de Oliveira
Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Mestrado em Direito.

1. O discurso jurídico sobre o conceito de propriedade nas constituições de 1891 e 1988. 2. A função social da propriedade imobiliária nas constituições republicanas brasileiras: 1891 a 1988. 3. A usucapião como instrumento de regularização fundiária e efetivação dos direitos fundamentais. 4. A usucapião como meio de acesso à ordem jurídica e instrumento de justiça distributiva. I. Oliveira, Leandro Corrêa de. II. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU340

LEONARDO CAIXETA DOS SANTOS

**USUCAPIÃO ADMINISTRATIVA: DEMOCRATIZAÇÃO
DO ACESSO À JUSTIÇA E EFETIVAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL**

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da Aprovação ____/____/____

Banca Examinadora

Professor Doutor Leandro Corrêa de Oliveira
Orientador
FDSM

Prof. Dr.

Prof. Dr.

POUSO ALEGRE - MG
2016

Às mulheres da minha vida: Fernanda, Victória e Valentina.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Leandro Corrêa de Oliveira, orientador, sempre mostrando os caminhos a seguir, indicando leituras e incentivando o trabalho.

Aos Profs. Drs. Cláudia Mansani Queda de Toledo, Edson Vieira da Silva Filho, Cristiano Thadeu e Silva Elias pelas importantes sugestões e confiança.

Aos Profs. Dr. Elias Kallas Filho e Rafael Lazzarotto Simioni, pelo apoio e colaboração.

À Mariana Lima Miranda, pela revisão de vernáculo e normas técnicas.

Às funcionárias da Pós-Graduação da FDSM, Juliana, Maryane e Natália pela presteza nas informações e sempre gentis com os mestrandos.

RESUMO

SANTOS, Leonardo Caixeta dos. **Usucapião administrativa: democratização do acesso à Justiça e efetivação da função social.** 2016. 190p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, Minas Gerais, 2016.

A partir da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, que alterou a Lei de Registros Públicos, a usucapião pode ser reconhecida junto aos registros imobiliários, não sendo obrigatória a intervenção do Poder Judiciário. A inovação legislativa não impõe o reconhecimento da usucapião junto aos registros imobiliários, mas faculdade dos interessados, não sendo abolida a ação de usucapião. A usucapião administrativa apresenta uma grande dificuldade aos estudiosos do tema, uma vez que um dos seus elementos é a consensualidade do titular do direito real, o que rompe o paradigma atual, por se tratar de uma aquisição originária. A melhor interpretação do instituto deve ser buscada à luz da função social da posse e da propriedade, mesmo porque, a usucapião em cartório demonstra a atual tendência de desjudicializar certos e determinados procedimentos, na busca de um novo paradigma, procurando resultados mais efetivos, ampliando as formas de acesso à Justiça e à ordem jurídica justa. Os meios consensuais de resolução de conflito, incluindo a usucapião extrajudicial, podem ser vistos como formas de participação democrática na administração da justiça, daí que poderá contribuir para o atingimento dos resultados e objetivos almejados pelas normas de direito material. Nesse desiderato, fez-se necessário o estudo do discurso da propriedade nas constituições de 1891 e de 1988, a relação com as ideologias e também discurso da função social da propriedade imóvel nas constituições republicanas brasileiras. Outro estudo necessário refere-se à usucapião como instrumento de transformação social e a interpretação do silêncio (constitutivo ou impeditivo) do proprietário formal no procedimento. Finalmente, a usucapião administrativa foi abordada no contexto de a quem servirá e a que serve, sendo pesquisada, por fim, a usucapião como instrumento de cidadania e de acesso à Justiça e à ordem jurídica justa.

Palavras-chave: Usucapião Administrativa. Desjudicialização. Função Social. Acesso à justiça.

ABSTRACT

SANTOS, Leonardo Caixeta dos. **Administrative adverse possession: democratization of accessibility to justice and effectiveness of the social function.** 2016. 190p. Dissertation (Master in Law) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, Minas Gerais, 2016.

From the entry into force of the new Civil Procedure Code, which amended the Public Records Act, adverse possession can be recognized along the real estate records, not being required the intervention of the judiciary. The legislative innovation does not impose the recognition of usucapião next to the real estate registries, but faculty of the interested ones, not being abolished the action of usucapião. Administrative mismanagement poses a great difficulty to scholars of the subject, since one of its elements is the consensuality of the holder of the real right, which breaks the current paradigm, because it is an original acquisition. The best interpretation of the institute must be sought in the light of the social function of possession and property, even though, in the case of usucapion in notarial office, it demonstrates the current tendency to misjudge certain and certain procedures in the search for a new paradigm, seeking more effective results, The forms of access to justice and the just legal order. Consensual means of conflict resolution, including extrajudicial misappropriation, can be seen as forms of democratic participation in the administration of justice, which can contribute to the achievement of the results and objectives sought by the norms of material law. In this goal, it was necessary to study the property speech in the constitutions of 1891 and 1988, the relationship with the ideologies and also address the social function of property ownership in Brazilian republican constitutions. Another study required refers to the adverse possession as instrument of social transformation and the interpretation of silence (constitutive or detracts from) the formal owner in the procedure. Finally, the administrative occupation was addressed in the context of who will and serving, being searched, finally, adverse possession as an instrument of citizenship and access to justice and fair legal system.

Keywords: Administrative Adverse Possession. Dejudicialize. Social Role. Access to justice.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§ – parágrafo

art. – artigo

arts. – artigos

CNDU – Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

IPTU – Imposto Territorial Urbano

ITBI – Imposto de Transmissão de Bens Imóveis Inter-Vivos

ITCD – Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens e Direitos

ha – hectare

m² – metro quadrado

MDB – Movimento Democrático Brasileiro

n.º. – número

PT – Partido dos Trabalhadores

SFI – Sistema Financeiro Imobiliário

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

ZEIS – Zonas Especiais de Interesse Social

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O DISCURSO JURÍDICO SOBRE O CONCEITO DE PROPRIEDADE NAS CONSTITUIÇÕES DE 1891 E 1988.....	16
2.1 O discurso jurídico e as ideologias	17
2.2 A propriedade no Estado Liberal.....	22
2.3 A propriedade no Estado Social	25
3 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA NAS CONSTITUIÇÕES REPUBLICANAS BRASILEIRAS: 1891 A 1988	33
3.1 A propriedade em sua plenitude (1891)	34
3.2 A proteção ao interesse social ou coletivo (1891).....	36
3.3 Limites regulados por lei (1937)	38
3.4 O uso condicionado ao bem-estar social (1946).....	40
3.5 A função social da propriedade como princípio da ordem econômica (1967).....	42
3.6 A função social como dever fundamental (1988).....	44
4 A USUCAPIÃO COMO INSTRUMENTO DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	50
4.1 Institutos jurídicos e políticos de política urbana	50
4.2 Usucapião em sentido amplo.....	72
4.3 A usucapião administrativa como transformadora da realidade de Pasárgada.....	107
4.4 A usucapião de bens públicos.....	114
4.5 A consensualidade na usucapião administrativa e o silêncio constitutivo	118
5 A USUCAPIÃO COMO MEIO DE ACESSO À ORDEM JURÍDICA E INSTRUMENTO DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA	134
5.1 Para que serve a usucapião?	136
5.2 A que servem os institutos da desjudicialização?.....	142
5.3 A realização da justiça distributiva pela usucapião administrativa	146
5.4 A desjudicialização no direito brasileiro	150
5.5 A quem servirá a usucapião administrativa?	162
5.6 A gratuidade no pagamento dos emolumentos como instrumento de cidadania, de acesso à justiça e à ordem jurídica justa	167
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	172
REFERÊNCIAS	177

1 INTRODUÇÃO

A usucapião extrajudicial instituída pelo novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – que acrescentou o artigo 216-A à Lei de Registros Públicos, pode ser reconhecida junto aos registros imobiliários, não sendo obrigatória a intervenção do Poder Judiciário, desde que, segundo a alteração legal, o proprietário, os titulares de direitos reais e confrontantes do imóvel a ser usucapido expressem sua anuência no procedimento.

A inovação legislativa faculta aos interessados o reconhecimento da usucapião junto aos registros imobiliários, não sendo abolida a ação de usucapião – e nem poderia em virtude da inafastabilidade da prestação jurisdicional, – que continuará sendo uma ação muito recorrente por inúmeros motivos, já que existem inúmeras condicionantes a serem verificadas pelo delegatário do serviço público, o oficial do registro imobiliário.

Trata-se da desjudicialização de institutos que antes eram de competência exclusiva do Estado Juiz, tendência do direito brasileiro que ocorre como agora com a usucapião, como uma tentativa de resolver – ou atenuar – o que vem sendo chamado de crise do Poder Judiciário.

Não são raras as críticas ao Poder Judiciário que o consideram lento e imprevisível, em decorrência, dentre outros fatores, pelo extraordinário número de processos. Neste sentido, a exposição de motivos da Emenda Constitucional nº 45 demonstra que a crise do Poder Judiciário também se deve à timidez com o que o governo brasileiro vem atendendo à imperiosa necessidade de modernização do aparelhamento judiciário e, de tantos efeitos negativos, negligencia conscientemente os direitos humanos e são poucos, muito poucos, os que não cruzam os braços, à espera de que acabe a avalanche¹.

Poucos problemas nacionais possuem tanto consenso no tocante aos diagnósticos quanto à questão judiciária. A morosidade dos processos judiciais e a baixa eficácia de suas decisões retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença dos cidadãos no regime democrático².

¹ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45**: exposição de motivos. Brasília: 2004.

² BRASIL. **Proposta de formalização do Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano**: exposição de motivos nº 204. Brasília: 2004.

O Ministério da Justiça, em 2004, apresentou um diagnóstico do Poder Judiciário demonstrando que a prestação jurisdicional não é eficiente porque, dentre outros fatores, no período após a Constituição de 1988 houve um aumento significativo de demandas judiciais e a estrutura judiciária não foi adequada à nova realidade. Sem dúvida, essa lentidão do Poder Judiciário tem influência em questões tão díspares como o combate à criminalidade e a dificuldade na redução da taxa de juros³.

Em reação à chamada crise do Judiciário, em 2004, foi firmado pelos Três Poderes da República o primeiro Pacto Republicano - Pacto de Estado por um Judiciário mais Rápido e Republicano⁴ - que buscava, dentre outros objetivos, a viabilização de um Poder Judiciário mais rápido e sensível às demandas da cidadania. Dessas tratativas, surgiu a criação da Secretaria de Reforma do Judiciário no âmbito do Ministério da Justiça, e um pouco antes, no mesmo ano, havia sido aprovada a Emenda Constitucional nº 45 que tratava da Reforma do Judiciário. Deste Pacto Republicano surgiram ainda a regulamentação dos institutos da Súmula Vinculante e da Repercussão Geral por meio das Leis nº 11.417 e nº 11.418, todas de 2006.

Na tentativa de reverter esse quadro de crise do Judiciário, em 2004, a Emenda Constitucional nº 45 foi aprovada, visando reformular este Poder, apresentando significativas inovações para a eficiência da prestação jurisdicional e o acesso à Justiça e à ordem jurídica justa, propôs reformulação na organização judiciária, promovendo diversas mudanças na concepção das carreiras do Ministério Público, Magistratura e Defensoria Pública, bem como criando o Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Nesta perspectiva, II Pacto Republicano, firmado pelos Poderes da República por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo, trazia os seguintes objetivos: (i) acesso universal à Justiça, especialmente dos mais necessitados; (ii) aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos; (iii) aperfeiçoamento e fortalecimento das instituições de Estado para uma maior efetividade do sistema penal no combate à violência e criminalidade, por meio de políticas de segurança pública combinadas com ações sociais e proteção à dignidade da pessoa humana. Além disso, o referido II Pacto Republicano assumiu o compromisso de, dentre outros, “fortalecer a mediação e a conciliação,

³ BRASIL. **Acesso à Justiça por Sistemas Alternativos de Administração de Conflitos**. Brasília, 2005, p. 07.

⁴ BRASIL. **Pacto de Estado por um Judiciário mais Rápido e Republicano**. Brasília: 2004.

estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização”⁵.

Os meios consensuais prestigiam o acesso à ordem jurídica justa, já que a mediação, a conciliação e à desjudicialização de alguns procedimentos geram a pacificação social. O conceito de jurisdição, no sentido contemporâneo da palavra, não mais está ligado à noção de Estado, mas abrange outras formas de resolução de conflitos, inclusive sob o prisma de tempo razoável e de forma justa. Não é demais lembrar que os mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos não induzem à exclusão da demanda da apreciação pelo Poder Judiciário, ou seja, são complementares.

Não há dúvidas de que o fortalecimento expressivo dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos poderá influenciar positivamente na atuação do Poder Judiciário, sob pena de que, não o fazendo, continuará sofrendo a situação absurda de uma quantidade não absorvível de pretensões e, ao mesmo tempo de uma demanda reprimida de milhões de pessoas sem acesso à Justiça e à ordem jurídica justa; portanto, é razoável supor que os meios alternativos podem contribuir nas duas pontas do problema, tirando alguns conflitos da estrutura clássica do Judiciário e resolvendo aqueles que nunca chegariam a ela⁶.

Não menos verdadeiro é que uma das principais linhas de trabalho na elaboração do novo Código de Processo Civil foi a de resolver problemas, deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais. O processo foi convertido em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado, enfatizando a possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação e da conciliação, já que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz⁷.

Todavia, não parece ser correta a conceituação do instituto da desjudicialização como conjunto de procedimentos autorizados por lei sem a presença do Estado. Não há a presença do julgador, mas há a figura do representante estatal, uma vez que os procedimentos extrajudiciais, autorizados por lei, em regra, são praticados por agentes delegados – tabeliães e registradores – que são agentes políticos, são terceiros em colaboração com o Estado e fiscalizados pelo Poder Judiciário.

⁵ BRASIL. **II Pacto Republicano de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo**. Brasília: 2009.

⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Op. cit., 2005, p. 08.

⁷ BRASIL. **Novo Código de Processo Civil**: exposição de motivos. Brasília: 2004.

Além disso, existem inúmeros procedimentos que podem ser instrumentalizados pela via extrajudicial, sendo prescindível a intervenção estatal, ou melhor dizendo, sem uma sentença, tais como a retificação de área de imóvel, separação, divórcio, inventário e partilha, arbitragem, recuperação extrajudicial, depósito extrajudicial, e, com o advento do novo Código de Processo Civil, a usucapião, objeto desta pesquisa.

O direito brasileiro admite, inclusive, execuções desjudicializadas. A primeira tem previsão no Decreto-lei nº 70/66, que autoriza o funcionamento de associações de poupança e empréstimo, institui a cédula hipotecária e dá outras providências. A segunda consta na Lei nº 9.514/97, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências.

O tema será abordado na perspectiva da desjudicialização, na resolução de conflitos por meios autocompositivos voltados à maior pacificação social e menor judicialização, bem como a usucapião administrativa como instrumento de regularização fundiária e efetivação de direitos fundamentais e, finalmente, como meio de acesso à ordem jurídico justa e instrumento de justiça distributiva.

É inquestionável que existem infindáveis questões que merecem uma abordagem aprofundada dentro do tema proposto, mas também é certo que é tarefa impossível tratar de todas elas. Em consequência, o trabalho tentará responder especificamente os seguintes questionamentos: O discurso sobre o conceito de propriedade na primeira Constituição republicana brasileira é semelhante ao da Constituição de 1988? O que mudou na função social da propriedade imobiliária nas constituições republicanas brasileiras? Seria a usucapião administrativa um instrumento eficaz para a regularização formal dos imóveis dentro da tábula registral, em prestígio à função social da propriedade, transformando a realidade de possuidores não titulados em proprietários com acesso às linhas de crédito e demais transações imobiliárias? A desjudicialização da usucapião poderá prestigiar o direito à moradia à luz da despatrimonialização? O silêncio do proprietário formal na usucapião administrativa é constitutivo ou impeditivo? A usucapião extrajudicial é um instrumento de democratização do acesso à Justiça e à ordem jurídica justa, em especial, considerando que o sentido contemporâneo de jurisdição que abrange outras formas de resolução de conflitos, sob o prisma da duração razoável do processo e de forma justa?

Finalmente, a dissertação foi desenvolvida em quatro capítulos, sendo que, no capítulo I, se fez necessário um estudo comparativo do discurso sobre a propriedade nas constituições de 1891 e 1988, com especial atenção ao fato de que a propriedade não é

apenas uma paisagem, mas uma mentalidade e, como ensina Perlingieri, é um enunciado sensível à ideologia dominante no contexto social e político, o que tornou obrigatória a análise da propriedade no Estado liberal de 1891 e no Estado social de 1988.

No capítulo II, a função social da propriedade imóvel foi o centro do estudo, sendo avaliado o tratamento dado à função social nas constituições brasileiras de 1891 a 1988, demonstrando a interferência da ideologia dominante nos discursos jurídicos, a relação do contexto histórico, as forças políticas e a repercussão no texto constitucional. Enfim, a função social de sua estrutura à função.

Por sua vez, o capítulo III foi dedicado à usucapião como instrumento de regularização fundiária e efetivação de direitos fundamentais, sendo listados os instrumentos jurídicos e políticos de política urbana, as questões mais relevantes da usucapião, tais como sua breve evolução histórica, modalidades, requisitos, finalidades e, em especial, o trâmite da usucapião administrativa nos tabelionatos e no registro imobiliário e alguns focos de incerteza. No mesmo capítulo, outrossim, um item foi dedicado à usucapião administrativa como transformadora da realidade de Pasárgada, em referência à tese de doutorado do sociólogo português Boaventura de Sousa Santos na comunidade do Jacarezinho, no Rio de Janeiro, nos anos 70. Também foi estudada a possibilidade de usucapião de bens públicos e, mais importante, a tormentosa questão da consensualidade na usucapião administrativa, já que, pela leitura literal do fundamento legal deste procedimento, não poderá ser reconhecida pelo oficial do registro de imóveis a aquisição pela usucapião sem o consentimento dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes. Por último, ainda no capítulo III, avaliou-se a questão do silêncio de qualquer um dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes.

O último capítulo tratou da usucapião como meio de acesso à ordem jurídica justa e instrumento de justiça distributiva, afinal para que serve à usucapião e os institutos da desjudicialização? Nos moldes atuais previstos na alteração legislativa, a quem servirá a usucapião administrativa? No capítulo IV, ademais, tentou-se avaliar a relação da usucapião administrativa com a justiça distributiva, se o instituto pode (ou não) favorecer o “homem comum” ou “homem pequeno”. Por fim, a usucapião administrativa foi avaliada como instrumento de cidadania, de acesso à justiça e à ordem jurídica justa, inclusive, a

gratuidade em benefício das pessoas sem condições financeiras de arcar com o pagamento dos emolumentos.

Para a pesquisa será usado o método dedutivo de abordagem para serem desenvolvidas análises a partir da premissa teórica eleita para a realização do estudo. Será imprescindível uma ampla leitura bibliográfica, assim como uma posição crítica frente ao tema. Para tanto, utilizar-se-á o método de procedimento monográfico e para o desenvolvimento da pesquisa, como técnica, a pesquisa bibliográfica, buscando realizar o desenvolvimento do tema proposto a partir de referencial teórico.

2 O DISCURSO JURÍDICO SOBRE O CONCEITO DE PROPRIEDADE NAS CONSTITUIÇÕES DE 1891 E 1988⁸

A concepção do direito de propriedade sofreu profundas alterações desde a primeira Constituição republicana brasileira. Desde então, o instituto teve seu discurso bastante alterado. A propriedade dos dias atuais difere bastante da propriedade protegida pela Constituição de 1891, o que é razoável, já que não existe uma propriedade, mas propriedades que tem seu conteúdo tão modificado quanto são as paisagens.

A presente pesquisa pretende abordar o instituto da usucapião extrajudicial, forma de aquisição da propriedade, sendo indispensável, assim, a análise preliminar deste direito fundamental. Em outras palavras, é imprescindível estudar o objeto da usucapião, seu conteúdo, seu discurso e a influência das ideologias no conceito da propriedade.

O direito de propriedade desempenha papel relevante na história; religiões sob ele já se inclinaram; sociedades em volta dele se organizaram; ditou a maioria dos códigos; por ele surgiram e caíram impérios⁹. Como não existe um conceito inflexível do direito de propriedade, não seria correto pôr os olhos no direito positivo e projetar dali os lineamentos legais da propriedade, imaginando que o atual estágio da propriedade é o derradeiro, fase final de seu desenvolvimento¹⁰.

Não basta a mudança de uma lei para mudar a cultura jurídica de um país, em especial porque o direito é estrutura e parte da cultura de uma sociedade; assim, o tipo de sociedade, o estilo de vida, raízes religiosas e culturais, a educação, tradições, o nível de civilização repercutem no significado, conteúdo e concretização das normas jurídicas¹¹.

A usucapião extrajudicial será abordada como instrumento de efetivação da função social da propriedade e também como meio eficaz de resolução alternativa de conflitos, democratizando o acesso à Justiça e à ordem jurídica justa. Afinal, o acesso à propriedade, através da usucapião, democratiza o acesso aos bens de produção, prestigia os direitos

⁸ Neste capítulo, pretende-se abordar a profunda diferença da concepção da propriedade nas constituições de 1891 e de 1988. Optou-se pela comparação entre ambas, em vez da análise da evolução das concepções no decorrer das várias constituições brasileiras, justamente para confrontar a ideologia do Estado Liberal e a ideologia do Estado Social e, claro, as repercussões no discurso jurídico da propriedade.

⁹ LETORNEAU *apud* LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 7.

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direitos reais**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 81.

¹¹ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 172.

fundamentais, reforça o Estado Social, emancipa o sujeito e concretiza um dos fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana.

À evidência, é pressuposto do aprofundamento sobre a usucapião que se pesquise a propriedade no Estado liberal e no Estado Social, demonstrando a evolução do instituto, o ponto de partida e o seu atual estágio no ordenamento jurídico. Enfim, como tratar de uma das formas de aquisição da propriedade sem a abordagem sistemática do próprio instituto?

2.1 O discurso jurídico e as ideologias

A propriedade tem sido objeto das investigações de historiadores, sociólogos, economistas, políticos e juristas que procuram encontrar seu conceito, origem, elementos, evolução, combatê-la ou justificá-la¹².

Em certo momento histórico, a ordem fundiária é muito mais aquilo que circula invisível no ar do que o que está visível na paisagem agrária¹³, já que a propriedade, as propriedades antes de ser paisagem são mentalidades¹⁴. Logo, a concepção do direito como insensível a qualquer ideologia, imodificável, eterno, a-histórico seria uma atitude formalista que despreza a importante conexão entre regras e comportamentos¹⁵.

O conceito de propriedade é um discurso, é um enunciado e a descrição de um enunciado implica na descrição, segundo Pêcheux, de um “discurso-outro”, que seria um espaço virtual de leitura deste enunciado. Toda descrição está intrinsecamente exposta ao equívoco da língua. Todo enunciado está intrinsecamente suscetível de tornar-se outro, até mesmo se deslocando de seu sentido para derivar para outro sentido¹⁶.

Um enunciado pode ser lido de outra forma, seja porque está exposto ao equívoco da língua, seja porque todo enunciado, linguisticamente, oferece lugar à interpretação¹⁷.

Nesse sentido, toda conversa – que pode ser de um simples pedido de informação até uma discussão ou debate – pode admitir a interpretação do enunciado de forma distinta, com outro sentido, o “discurso-outro”¹⁸.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., 2004, p. 81.

¹³ GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 24.

¹⁴ Ibidem, p. 30.

¹⁵ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., 2008, p. 170.

¹⁶ PÊCHEUX, Michel. **O discurso: estrutura ou acontecimento**. 5. ed. Campinas: Pontes Editores, 2008, p. 53 et seq.

¹⁷ PÊCHEUX, Michel. Op. cit., 2008, p. 53.

¹⁸ Ibidem, p. 33.

Para mostrar que todo enunciado pode admitir um outro (“discurso-outro”), é importante expor que há relação entre linguagem e ideologia, uma vez que não há sujeito sem ideologia e não há discurso sem sujeito, logo, todo discurso tem uma carga ideológica¹⁹.

O discurso é o lugar do encontro da materialidade da língua com a materialidade da história. Surge deste ponto de encontro a ideologia²⁰. O discurso é o lugar em que se pode observar a relação entre linguagem e ideologia²¹. Desequilíbrios, incertezas e mutações são as marcas do tempo atual em que os regimes jurídicos e os regimes políticos alteram-se, dançam da direita para a esquerda e da esquerda para a direita, com repercussão no conceito de propriedade que recebe permanente impacto²².

Na verdade, as ideologias não deixaram de existir e estão, ao contrário, mais vivas do que nunca, contudo, as ideologias do passado foram substituídas por outras, novas ou que pretendem ser novas, em outras palavras, a árvore das ideologias está sempre verde²³²⁴.

Isto posto, se o discurso reflete a relação da ideologia com a linguagem, os enunciados que tratam do direito de propriedade nas Constituições de 1891 e 1988 estão intrinsecamente ligados às ideologias dominantes nos contextos em que foram produzidas. A Constituição de 1891, em um contexto liberal, e a Constituição de 1988, sob os ideais do Estado social²⁵.

¹⁹ ORLANDI, Eni Puccinelli *et al.* Discurso, imaginário social e conhecimento. **Em Aberto**, Brasília, v. 14, n. 61, p. 53-59, 1994. Trimestral. p. 54.

²⁰ ORLANDI, Eni Puccinelli. **As formas do silêncio: no movimento dos sentidos**. 6. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2007, p. 20.

²¹ ORLANDI, Eni Puccinelli *et al.* Op. cit., 1994, p. 53.

²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., 2004, p. 83.

²³ BOBBIO, Norberto. Op. cit., 1995, p. 33.

²⁴ Os termos esquerda e direita não indicam apenas ideologias e incorreria em simplificação indevida reduzi-las a pura expressão do pensamento ideológico, uma vez que esquerda e direita indicam programas contrapostos com relação a diversos problemas cuja solução pertence habitualmente à ação política, contrastes não só de ideias, mas também de interesses e de valorações a respeito da direção a ser seguida pela sociedade, contrastes que existem em toda sociedade e que não vejo como possam simplesmente desaparecer. Direita e esquerda são termos antitéticos que há mais de dois séculos têm sido habitualmente empregados para designar o contraste entre as ideologias e os movimentos em que se divide o universo do pensamento e das ações políticas. Esquerda e direita são termos excludentes no sentido de que nenhuma doutrina ou nenhum movimento pode ser simultaneamente de direita e de esquerda. Ademais, são termos exaustivos no sentido de que uma doutrina ou um movimento podem ser apenas ou de direita ou de esquerda. Talvez até o correto seria substituir a velha dupla esquerda direita por outra: progressistas-conservadores (BOBBIO, Norberto. Op. cit., 1995, p. 31-33).

²⁵ Como exposto, este capítulo pretendeu abordar a profunda diferença da concepção da propriedade nas constituições de 1891 e de 1988, comparando os discursos jurídicos sobre a propriedade para confrontar a ideologia do Estado Liberal e a ideologia do Estado Social.

Nesse sentido, há que se reconhecer a tríplice dimensão da Constituição: a formal, a substancial e a prospectiva, sendo nessa última a dimensão que vincula a ação permanente e contínua de ressignificar os sentidos da propriedade, contrato e família²⁶.

Fato é que a terminologia da propriedade individual vigente nos dias atuais, embora exprimindo-se em termos clássicos, não conserva o mesmo conteúdo das suas origens históricas²⁷, isto porque, a concepção individualista e liberal do direito de propriedade foi rompida pela ideia da função social. A aplicação da teoria do abuso do direito, as limitações negativas, imposições positivas, deveres e ônus, a função social foram superando o caráter absoluto do direito de propriedade. Enfim, a propriedade como direito natural não mais se sustenta.

Com a República, as antigas províncias imperiais foram transformadas em Estados com autonomia federativa, mas o poder real estava nas mãos das oligarquias e coronéis que formavam o patronato do poder na esfera local de governo, com as bênçãos da autoridade central²⁸.

A república adotou o federalismo, altamente descentralizado, mas quando os interesses brasileiros eram colocados em xeque pelo funcionamento da economia de mercado, o Estado intervinha na economia com o intuito de auferir vantagens, na esfera internacional, ou, na maior parte das vezes, de atenuar os malefícios provocados pelo livre-cambismo; além disso, o Estado republicano era bem mais economicamente ativo do que se supunha geralmente, mas ele era também mais centralizado²⁹.

O governo federal praticava a política dos governadores, como uma tentativa de se escorar nos poderes estaduais, reacendendo os poderes regionais e locais, em detrimento do poder central, sem esquecer que o poder real e efetivo era o do coronelismo, que elegiam os governadores, os deputados e senadores³⁰.

As constituições desse período, dentre elas a Constituição republicana de 1891, visavam a proteção dos direitos individuais em face do poder político do Estado,

²⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 7.

²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., 2004, p. 84.

²⁸ BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 14, n. 40, p. 155-176, set. 2000. quadrimestral. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142000000300016&script=sci_arttext>. Acesso em: 15 set. 2015, p. 171.

²⁹ TOPIK, Steven. **A presença do estado na economia política do Brasil: de 1889 a 1930**. Rio de Janeiro: Record, 1987, p. 11.

³⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 82.

estabelecendo governos moderados, limitados e estruturas previamente definidas, em oposição ao Estado absolutista monárquico, no qual as regras eram ditadas pelo rei.

No regime liberal, a propriedade é direito subjetivo puro, um conceito individual com inspiração na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, e *Code Napoleon* de 1804. Desde o *Liberty and Property* de John Lock que esta liberdade – submissão da propriedade do solo à plena disponibilidade, de fato e de direito, do proprietário – se tornou no segundo *palladium* de uma sociedade liberal. Ela tornou-se, na realidade do século XIX, em parte o instrumento da substituição da sociedade feudal-corporativa-camponesa por uma sociedade burguesa de empreendedores³¹.

O *Code civil* é um código de direito privado de primeira plana e tornou-se no texto legislativo mais cumulado de êxitos de todo o século. Inclusive, não é de se admirar o impacto mundial do *Code*, sobretudo nos países latinos³².

O grande código civil da França nasceu da crença jusracionalista na lei. Apesar disso, a sua estrutura interna e a sua imagem do direito foram promovidas sobretudo pela revolução e pelo brilho da grandeza napoleônica. A codificação francesa já não mais constitui um resultado do absolutismo esclarecido, mas, nos seus primórdios, a própria obra duma nação revolucionária e, mais tarde, do seu grande tribuno, o primeiro cônsul Bonaparte³³.

A propriedade, segundo o conceito tradicional, é direito subjetivo, no sentido de que a lei confere a alguém o poder de agir e de exigir de outrem determinado comportamento³⁴. Nessa concepção, a propriedade era um direito natural do homem, do qual decorrem todos os outros direitos, e preocupado em impedir interferências dos poderes estatais, com exceção das limitações administrativas previstas em lei³⁵.

A propriedade, direito incondicionado, ilimitado e irrestrito em seu uso, é tratada como direito natural porque anterior ao Estado e à própria sociedade, imune à interferência do ente político³⁶. O lema *laissez aller, laissez passer, laissez faire, et le monde va de lui*

³¹ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 636.

³² WIEACKER, Franz. Op. cit., 1967, p. 391.

³³ WIEACKER, Franz. Op. cit., 1967, p. 386.

³⁴ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 38.

³⁵ SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. **Direito constitucional econômico: uma releitura da constituição econômica brasileira de 1988**. (Culturalismo Jurídico). Coordenadores Cláudio Lembro e Monica Herman S. Caggiano. Barueri: Minha Editora, 2007, p. 53 et seq.

³⁶ FORNEROLLI, Luiz Antônio Zanini. Op. cit., 2014, p. 50.

même (deixem ir, deixem passar, deixem fazer, que o mundo caminha por si mesmo) representa a concepção de função estatal frente aos indivíduos que o compõe³⁷.

No liberalismo, há a defesa da desnecessidade da intervenção do Estado na vida social e a concepção individualista de liberdade, com a concepção de que todos são livres para contratar e de dispor de seus bens, limitando a atuação do poder estatal pelo império da lei³⁸.

No Estado social, não é assim. O Estado social, por sua vez, é intervencionista por natureza, pois requer a participação ativa do poder político na área social, visando prover as necessidades existenciais mínimas do indivíduo que, por fatores alheios à sua vontade, não consegue se prover³⁹. A noção contemporânea do Estado social nasce a partir do momento em que se pretende superar a contradição existente no Estado liberal observado entre a igualdade política e a desigualdade social⁴⁰.

Talvez seja importante explicar que Estado social não se confunde com Estado socialista, ou com uma socialização necessariamente esquerdista, e sempre conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardinal a que não renuncia. Nesta esteira, merecem citação, como exemplos de Estados sociais, o Brasil, desde a Revolução de 30; a França, com a Quarta República, principalmente; a Inglaterra de Churchill e Attlee; os Estados Unidos, em parte, desde Roosevelt; e a República Federal Alemã⁴¹.

Incontroverso que o discurso da Constituição de 1891 foi impregnada pelo liberalismo, enquanto o da Constituição de 1988 é atento aos valores sociais e na defesa dos direitos subjetivos. A primeira Constituição republicana, por influência dos ideais liberais, buscava limitações ao poder estatal, a proteção do indivíduo em contraposição ao poder anterior, enquanto a Constituição cidadã já bebia na fonte do Estado social, interventor e investidor em políticas públicas e projetos sociais.

Dá a relevância de se analisar o texto em seu contexto. O sentido não é atributo do texto ou das palavras, ou seja, a análise metodológica e hermenêutica é relevante para individuar o contexto de significado, no qual uma proposição jurídica é situada e a sistemática do texto jurídico⁴².

³⁷ *Ibidem*, p. 48.

³⁸ SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. *Op. cit.*, 2007, p. 56.

³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 5. ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1993, p. 196.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 181.

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, 1993, p. 180.

⁴² PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, 2008, p. 68.

Essa perspectiva ajuda no esclarecimento de por que são tão distintos os conteúdos do direito de propriedade da Constituição de 1891 e da Constituição de 1988, pois cada enunciado é suscetível de se tornar outro (“discurso-outro”) em razão da íntima ligação entre língua e ideologia.

2.2 A propriedade no Estado Liberal

A Constituição de 1891 é reconhecida por ser a primeira Constituição do período republicano brasileiro e por ter sido promulgada sob os ideais liberais, com grande influência das Constituições americana e francesa. No liberalismo, o Estado era denominado de *État Gendarme*, pois cabia ao Estado cuidar da ordem pública, oferecer um aparato policial para defender as instituições, inclusive de agressões internacionais, enquanto concedia liberdade ao mercado, atuando apenas nos setores não interessantes à iniciativa privada ou para prestar segurança⁴³.

O postulado da livre-iniciativa é muito caro ao liberalismo, que defende o direito de qualquer pessoa exercer atividade econômica livre de restrições impostas pelo Estado, aceitando que a liberdade individual é indispensável à satisfação humana⁴⁴. O enunciado sobre o conteúdo do direito de propriedade repercutiu a ideologia vigente naquele contexto, tanto que a redação original do art. 72, § 17, da Constituição de 1891, dizia que “o direito de propriedade se mantém em toda a sua plenitude”.

O enunciado “o direito de propriedade se mantém em toda sua plenitude”, ao enfatizar a palavra “plenitude”, mostra que o legislador tinha em vista a concepção individualista dos romanos: a *plena in rem potestas*⁴⁵. Não há dúvida de que a primeira Constituição republicana ficou firme na referência da propriedade como direito subjetivo absoluto⁴⁶.

É indubitável que o conceito romano de propriedade se manifestou nas Revoluções Liberais do século XVIII e exerceu profunda influência sobre o conceito liberal de

⁴³ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2011, p. 46.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 47.

⁴⁵ PEREIRA, Virgílio de Sá. **Manual do código civil brasileiro**, v. VIII: direito das coisas da propriedade. Coordenador Paulo Lacerda. 2. ed. histórica atualizada legislativamente. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 10.

⁴⁶ LOTUFO, Renan. **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. Organizador Gustavo Tepedino. São Paulo: Atlas, 2008, p. 339.

propriedade, ou seja, a noção de propriedade liberal é baseada na apropriação individual⁴⁷. A propriedade é manifestação interna do indivíduo e é absoluta porque se prende à vontade do indivíduo de conservar e fortalecer o que é seu⁴⁸. Tudo isso, ainda, no contexto do Estado liberal e da Constituição de 1891.

A propriedade não é objeto de estudo apenas do direito, sob o prisma jurídico. É um fenômeno histórico estudado também pela economia, sob o aspecto econômico⁴⁹. A propriedade no Estado liberal consistia num feixe de direitos – faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto – e um direito complexo, em que pese ser direito unitário⁵⁰.

Ainda no contexto do liberalismo, adveio o Código Civil, em 1916, expondo, em seu artigo 524, *caput*, que “a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”. Para ilustrar, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão tratava a propriedade como um “direito inviolável e sagrado”, além de ser incluída como um “direito natural”, o que remontava a uma antiga tradição judaica, anterior ao jusnaturalismo⁵¹.

Considerando que o Código é, tanto pelo conteúdo quanto da estilística, a expressão de uma cultura evoluída⁵², o Código Civil de 1916 trata a propriedade segundo a corrente doutrinária liberal, ou seja, em seu aspecto estrutural, sendo estrutura do direito subjetivo do proprietário⁵³e, seguindo o exemplo do Código Alemão e do Suíço, não define a propriedade, mas faz referência aos direitos do proprietário⁵⁴.

O Código Civil de 1916 ignorou a questão dos princípios e, como retrato do individualismo e do liberalismo jurídicos, suprimiu até alguns já consolidados na consciência ética e moral dos juristas da época – tais como a boa-fé objetiva e a equidade – e de forma consciente para evitar a intervenção do Poder Judiciário, por exemplo, na revisão dos contratos, o que seria inadmissível para o Estado liberal⁵⁵.

⁴⁷ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 138.

⁴⁸ Ibidem, p. 139.

⁴⁹ PEREIRA, Virgílio de Sá. Op. cit., 2007, p. 1.

⁵⁰ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 8.

⁵¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 88.

⁵² WIEACKER, Franz. Op. cit., 1967, p. 378.

⁵³ BERCOVICI, Gilberto. Op. cit., 2005, p. 140.

⁵⁴ PEREIRA, Virgílio de Sá. Op. cit., 2007, p. 15.

⁵⁵ LÔBO, Paulo. **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. Organizador Gustavo Tepedino. São Paulo: Atlas, 2008, p. 24.

Não é pacífico, porém, que o Código Beviláqua tenha adotado o conceito absolutista de propriedade. Há quem sustente ser um exagero dizer que o Código Civil de 1916 adotou o conceito absolutista de propriedade. Neste viés, invocam o capítulo dos direitos de vizinhança, em especial a vedação ao uso nocivo da propriedade, tentando provar que não foi recepcionada “a atitude egoística do velho *quirites*, mas a do homem moderno, cuja alma é trabalhada por todas as solicitações altruísticas da solidariedade social”⁵⁶.

Veja-se que esta posição – não adoção do conceito absolutista da propriedade pelo fato de existirem previsões legais que impedem o uso nocivo – demonstra o quanto a visão liberal prenominava nos institutos jurídicos, em especial a propriedade, uma vez que, na visão conservadora, o máximo que se admitia era a limitação do direito de propriedade pelo uso nocivo da propriedade, não se supondo qualquer função em respeito à coletividade. Sem dúvida, “a propriedade, as propriedades antes de ser paisagem são mentalidades”⁵⁷.

O enunciado “o direito de propriedade se mantém em toda sua plenitude”, e, posteriormente, o enunciado do Código Beviláqua que assegura ao proprietário “o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua” comprovam, cabalmente, que a função social da propriedade é completamente estranha ao Código Civil de 1916⁵⁸ e à primeira Constituição republicana (Constituição de 1891).

Propriedade, enfim, na Constituição liberal de 1891 era direito subjetivo, direito individual absoluto, direito inviolável e sagrado, direito natural, sem qualquer função que atendesse à coletividade, vigorando o individualismo e egoísmo daquele período histórico. O apego ao individualismo nas Constituições liberais, na busca do bem-estar social o quanto mais possível, conduziu ao individualismo possessivo ou proprietarista⁵⁹.

⁵⁶ PEREIRA, Virgílio de Sá. Op. cit., p. 29.

⁵⁷ GROSSI, Paolo. Op. cit., p. 30.

⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2001, cap. 12, p. 269.

⁵⁹ FORNEROLLI, Luiz Antônio Zanini. Op. cit., 2014, p. 51.

2.3 A propriedade no Estado Social

As promessas do modelo liberal não foram cumpridas e, a partir do final da primeira grande guerra, o liberalismo puro passou a ser duramente criticado e o Estado alargou sua área de atuação, agindo em setores que eram geridos exclusivamente pelo setor privado, visando atender aos anseios da população, que necessitava da intervenção do Estado para obter mínimas condições de sustento digno, passando à condição de equalizador de um mínimo social, surgindo daí a noção de Estado social⁶⁰.

A história da passagem do Estado liberal para o Estado do Bem-Estar Social vincula-se em especial na luta dos movimentos operários pela conquista de uma regulação para os direitos relativos às relações de produção e seus reflexos, como a previdência e assistência sociais, o transporte, a salubridade pública, a moradia etc. Ao Estado Mínimo só lhe cabia assegurar o não-impedimento do livre desenvolvimento das relações sociais no âmbito do mercado; enquanto o Estado Intervencionista que passa a assumir tarefas até então próprias à iniciativa privada⁶¹.

O modelo constitucional do *Welfare state* principiou a ser construído com as Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, mas não tem uma aparência uniforme. O conteúdo próprio desta forma estatal se altera, se reconstrói e se adapta a situações diversas. Assim é que não se pode falar em "o" Estado do Bem-Estar, dado que sua apresentação, por exemplo, da americana do Norte se diferencia daquela do *État-Providence* francês⁶².

O surgimento do Estado social, para alguns, foi uma revolução pacífica, sem derramamento de sangue, a revolução das revoluções⁶³. O Estado social assumiu responsabilidades não admitidas na ideologia anterior, ampliando seu leque de atuação – previdência, habitação, saúde, saneamento, educação – e atuando como empreendedor substituto em outros – setor energético, minerário, siderúrgico⁶⁴. Enfim, o Estado social representa uma tentativa de restabelecer as promessas da modernidade.

⁶⁰ TAVARES, André Ramos. Op. cit., 2011, p. 56.

⁶¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de; **Ciência política e teoria do estado**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 148.

⁶² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de; Op. cit., 2006, p. 149.

⁶³ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., 1993, p. 203.

⁶⁴ TAVARES, André Ramos. Op. cit., 2011, p. 57.

Nesta perspectiva, destaca-se a Constituição dirigente, a que se propõe a coordenar uma ação estatal ativa no domínio jurídico, social, político, econômico, cultural, que traça um Estado Prestacional, incumbido da tarefa de assegurar ou implementar os direitos fundamentais, em integração com a comunidade (responsabilidades compartilhadas). A Constituição dirigente é aquela afinada a uma programática de cunho social relacionada ao Estado Providência. Enfim, a constituição dirigente ainda vive, em especial nos países de modernidade tardia como é o caso do Brasil, onde as promessas de concretização de um estado de bem estar social ainda não foram alcançadas⁶⁵.

Se há uma característica comum nos estados de bem-estar social é a intervenção do Estado e a promoção de serviços. Nele, o cidadão, independente de sua situação social, tem direito a ser protegido contra dependências de curta ou longa duração. O Estado garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão, não como caridade, mas com o direito político. Há uma garantia cidadã ao bem-estar pela ação positiva do Estado com o afiançador da qualidade de vida do indivíduo⁶⁶.

O mundo moderno fez do Estado social intervencionista uma necessidade, independentemente do regime político adotado⁶⁷. Nessa esteira, o Estado social, como nova concepção de liberdade e obtido mediante a via pacífica do consenso democrático, é resultado de uma longa evolução política e ideológica que se iniciou com a hegemonia do “terceiro estado” (a burguesia), no período pós Revolução Francesa, posteriormente, com os desdobramentos dos séculos XIX e XX e a formulação ideológica do socialismo, a classe obreira (“quarto estado”), resultado do poder soviético político⁶⁸.

O caráter absoluto do direito de propriedade foi superado, de início, pela aplicação da teoria do abuso do direito, pelas limitações negativas, pelas imposições positivas, deveres e ônus e, por fim, pela concepção da propriedade como função social; sendo também superada a concepção da propriedade como direito natural⁶⁹. Daí que “quanto mais avança o conceito de solidariedade social, tanto maiores são as restrições e os

⁶⁵ SOUZA DE OLIVEIRA, Fábio Corrêa. **Morte e vida da Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 14.

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de; Op. cit., 2006, p. 149.

⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 199.

⁶⁸ Ibidem, p. 204.

⁶⁹ SILVA, José Afonso da. Op. cit., 2015, p. 274.

vínculos a que, no interesse geral e para a utilização social da riqueza a propriedade está sujeita⁷⁰”.

Quando a Constituição de 1988 retirou do indivíduo a centralidade da noção de propriedade, relativizando-a, retirou dela a sua sacralidade e a colocou no mundo profano das coisas, sujeitando-o aos fatos naturais e econômicos⁷¹; sendo incorreto, contudo, supor que a função social suprimiu a propriedade privada pela via legislativa⁷², ao contrário, a função social, uma vez atendida, reforça e prestigia a propriedade.

A Constituição brasileira em nenhum momento proclamou uma definição ideológica, tal como o fez a Constituição portuguesa de 1976, mas há quem defenda ser a Constituição brasileira simultaneamente dirigente e garantia. O constitucionalismo dirigente retrata um Estado intervencionista, onde a Constituição vincula a atuação dos poderes para garantir os direitos fundamentais, e não somente evitar a violação da autonomia individual⁷³.

Por ser uma Constituição eminentemente preocupada com as questões sociais, há quem sustente ser a melhor das Constituições brasileiras das épocas constitucionais, sendo marcante porque combina defesa do corpo social e tutela dos direitos subjetivos⁷⁴.

Nesse sentido, para Perlingieri, não seria correto recepcionar a função social como afronta à propriedade privada, mas é razoável interpretá-la como a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um certo sujeito, um critério norteador para o legislador e um critério de individuação da normativa a ser aplicada para o intérprete⁷⁵.

Como todo enunciado pode admitir um “discurso-outro”, em virtude da relação entre língua e ideologia, todo discurso tem “uma carga ideológica”. Na visão de Pêcheux, há relação entre linguagem e ideologia, não há sujeito sem ideologia, não há discurso sem sujeito. Todo discurso tem uma carga ideológica. O conceito de propriedade tem carga ideológica e pode admitir um “discurso-outro”, dentro do contexto social e político.

Assim, o enunciado do direito de propriedade da Constituição de 1988 deve ser analisado, à luz de que a propriedade não é apenas paisagem, mas “mentalidades”; que a ordem fundiária não é apenas o que está visível na paisagem agrária, mas também o que

⁷⁰ RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**, v. 2: direito de família, direitos reais e posse. Atualizado por Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999, p. 461.

⁷¹ BERCOVICI, Gilberto. Op. cit., 2005, p. 142.

⁷² SILVA, José Afonso da. Op. cit., 2015, p. 286.

⁷³ SOUZA DE OLIVEIRA, Fábio Corrêa. Op. cit., 2010, p. 14-19.

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., 2015, p. 174.

⁷⁵ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., 2008, p. 940.

circula invisível no ar; e, finalmente, que a propriedade está sempre no centro de uma sociedade e de uma civilidade.

Nesse sentido, aquele que estuda a história da propriedade não pode se levar por identidades formais enganosas, pois é indubitável que existem tantas propriedades quantas são as experiências jurídicas que se sucederam no tempo⁷⁶. A propriedade liga-se, necessariamente, a uma antropologia – uma visão do homem no mundo e a uma ideologia, já que tem vínculos estreitos com interesses vitais de indivíduos e de classes; ou seja, a propriedade é uma mentalidade, mentalidade profunda⁷⁷.

É, assim, no contexto de uma Constituição social, que se deve observar os enunciados da Constituição Federal de 1988 sobre a propriedade. Está previsto na Constituição cidadã que “é garantido o direito de propriedade⁷⁸” e que “a propriedade atenderá a sua função social⁷⁹”.

A Constituição de Weimar de 1919 foi a primeira a conceber que o uso da propriedade privada deveria servir ao interesse da coletividade quando asseverou, em seu artigo 153, última alínea, que “a propriedade obriga. Seu uso deve igualmente ser um serviço ao bem comum”⁸⁰. Enfim, a concepção individualista e liberal do direito de propriedade, inspirada pelo modelo do Código Napoleônico, foi rompida pela ideia da função social⁸¹. A evolução foi lenta, assim como foi lenta a transformação do Estado liberal para o Estado social.

O arranjo constitucional atual da propriedade direciona ao entendimento de que ela não é mais uma instituição do Direito Privado, nem pode ser considerada como um direito individual⁸². A Constituição não diz o que é função social, mas demonstra que se trata de princípio ativo que inspira e define papéis do Poder Público, particulares e sociedade⁸³.

O tema é tão relevante que, para alguns, a propriedade que não atende à sua função social faltará razão da sua garantia e do seu reconhecimento⁸⁴. Em outras palavras, só há

⁷⁶ GROSSI, Paolo. Op. cit., 2006, p. 38.

⁷⁷ Idibem, p. 31.

⁷⁸ Artigo 5º, inciso XXII.

⁷⁹ Artigo 5º, inciso XXIII.

⁸⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **Estado, empresa e função social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 732, out. 1996, p. 73.

⁸¹ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos, v. 6, n. 6, p. 101-119, jun. 2005. Anual, p. 102.

⁸² SILVA, José Afonso da. Op. cit., 2015, 272.

⁸³ PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012, p. 101.

⁸⁴ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., 2002, p. 229.

garantia à propriedade que cumpre a sua função social⁸⁵ e a repercussão deste entendimento, no plano da posse, seria a da negação da proteção possessória à propriedade que não cumprisse a sua função social⁸⁶.

É certo que o enunciado “a propriedade atenderá a sua função social” é opaco e dele decorrem uma rede de paráfrases, implicações, comentários, alusões, ou seja, uma série heterogênea de enunciados que funcionam sob diferentes registros discursivos. A Constituição de 1988 se serviu da técnica das cláusulas gerais, ou seja, aquelas que deixam ao juiz e ao intérprete uma maior possibilidade de adaptar o texto normativo às situações de fato⁸⁷.

Para inquirir sobre a estrutura do fato jurídico deve-se questionar “como é”? e para identificar a função do fato jurídico deve-se perguntar “para que serve?”⁸⁸. Necessário, assim, para compreender a função social da propriedade responder a indagação “para que serve” a propriedade.

Não basta expor que a propriedade serve à produtividade e à economia. Os desígnios primordiais do Direito são a proteção da raça humana e a perpetuidade da civilização, o que implica admitir que a racionalidade econômica não é absoluta, nem a produtividade basta para cumprir a função social⁸⁹.

A função social, sem dúvida, altera o conceito jurídico-positivo da propriedade, justificando-a e legitimando-a, atuando como fonte de imposição de comportamentos positivos por parte do proprietário, que deve exercê-la em benefício de outrem e não em prejuízo de outrem⁹⁰. Aliás, há quem defina a propriedade atualmente, em virtude de não só reunir um feixe de direitos (usar, gozar, dispor, reaver), mas também deveres em relação a terceiros e a coletividade, como relação jurídica complexa⁹¹.

Portanto, a propriedade no Estado social deve atender à função social, deve mostrar “para que serve”, ou seja, a propriedade da Constituição de 1988 não é somente direito, mas fonte de deveres fundamentais, não apenas uma simples diretriz para o legislador, mas

⁸⁵ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 105.

⁸⁶ BERCOVICI, Gilberto. Op. cit., 2005, p. 167.

⁸⁷ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., 2002, p. 27.

⁸⁸ Ibidem, p. 94.

⁸⁹ PILATI, José Isaac. Op. cit., 2012, p. 72.

⁹⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 245.

⁹¹ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Op. cit., 2003, p. 43.

vinculação jurídica efetiva do Estado e dos particulares, valorizando o entendimento de que os direitos humanos têm vigência imediata⁹².

A propriedade, assim, assumiu uma nova dimensão na qual o seu exercício deve respeitar o bem comum harmonizado com a legislação em favor da sociedade, desapegando-se da estrita vontade do proprietário⁹³. Assim, o enunciado do direito de propriedade deve ser analisado em seu contexto histórico, não só porque a língua está sujeita a equívocos, mas também porque, linguisticamente, todo enunciado pode ser interpretado.

Como foi observado, é o “discurso-outro”, obtido em virtude da relação entre ideologia e língua, em reconhecimento de que há uma carga ideológica nos discursos. Nessa perspectiva, a Constituição de 1891, a primeira Constituição do período republicano brasileiro, aliás, obtida através de um golpe (ou seria uma revolução) contra o poder formal instalado da época – a monarquia – surgiu impregnada com os ideais liberais, visava a proteção dos direitos fundamentais em face do poder absolutista monárquico, com regras estabelecidas pelo rei soberano, buscava governos com estruturas e limites previamente definidos. Enfim, a Constituição de 1891 foi uma reação da classe burguesa, também no Brasil, contra o poder monárquico.

No Estado liberal, propriedade é estrutura, é direito subjetivo absoluto do seu titular, que não se vincula ao “para que serve” a propriedade, mas sim ao “como é” a propriedade, ou seja, a propriedade, no contexto do Estado liberal da Constituição de 1891, é direito inviolável e sagrado; propriedade é poder, é feixe de direitos – usar, gozar ou fruir, dispor e de reaver – em plenitude.

A Constituição de 1988, por outro lado, é reconhecida como social, intervencionista, focada na defesa dos direitos sociais e proteção aos direitos subjetivos. Garante o direito de propriedade, mas exige dela o atendimento a sua função social, sob pena de carecer de proteção jurídica. Enfim, a função social rompe com o paradigma da concepção liberal do direito de propriedade.

Na propriedade imobiliária rural, a função social exige o atendimento ao aproveitamento adequado e racional do solo, à boa utilização dos recursos naturais disponíveis e preservação ao meio-ambiente, respeito à legislação trabalhista, bem-estar

⁹² COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**. A questão agrária e a justiça. Juvelino José Strozake (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 05-06.

⁹³ FORNEROLLI, Luiz Antônio Zanini. Op. cit., 2014, p. 58.

não só do titular, mas também dos trabalhadores. Na propriedade imobiliária urbana, o imóvel urbano cumpre sua função social quando está de acordo com o plano diretor.

A propriedade imobiliária no Estado social, em respeito aos enunciados da Constituição de 1988, deve, assim, responder “para que serve”? Serve para exigir comportamentos positivos do proprietário, não prejudicando terceiros ou à coletividade. Na nova propriedade não mais se concebe relação de completa subordinação de terceiros frente ao proprietário, mas sim de relações jurídicas do proprietário e situações jurídicas de interesses opostos que entre si conflitam⁹⁴.

No contexto dos direitos reais e, em especial, no direito de propriedade, há uma distinção entre titularidade formal e substancial que se inspira na quantidade de poder que um certo sujeito tem, por exemplo, um sujeito tem reconhecida a titularidade (formal) da situação e outro tem o conjunto de poderes e faculdades que constituem o seu conteúdo ou, ainda, quando é excluído por lei⁹⁵.

A propriedade privada não pode ser esvaziada de todo conteúdo e recebida apenas como propriedade formal; representa não um desvalor, mas um instrumento de garantia do pluralismo e de defesa perante qualquer tentativa de intervenção arbitrária do Estado⁹⁶.

Evidentemente, a propriedade no Estado social não se resume à propriedade formal junto aos signos imobiliários. O Estado social exige que a propriedade seja material, dotada de formalidade junto aos registros imobiliários – até para que não seja confundida com a mera posse – e de um *plus* normativo, que é o atendimento a sua função social.

No contexto liberal da Constituição de 1891, pode-se arrematar que propriedade era direito absoluto, poder pleno, feixe de direitos individuais, direito sagrado e inviolável; era poder de usar, gozar ou fruir, dispor e reaver; propriedade era direito subjetivo, enfim, não haviam deveres do proprietário em relação a terceiros, apenas limites, impostos pela lei, e vistos como algo externo e estranho ao direito de propriedade⁹⁷.

A comparação dos discursos da propriedade nas Constituições de 1891 e 1988 remete à acertada metáfora da vitória da Grécia sobre Roma tal como se deu, em outro plano, na evolução do direito de propriedade, antes justificado pela origem, agora

⁹⁴ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Op. cit., 2003, p. 47.

⁹⁵ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., 2008, p. 719.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 952.

⁹⁷ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Op. cit., 2003, p. 41.

legitimado pelos fins: a propriedade que não cumpre sua função social sequer merece proteção jurídica⁹⁸.

Enfim, “a revanche da Grécia sobre Roma” também pode ser percebida na comparação entre o discurso do direito de propriedade da Constituição de 1891 e da Constituição de 1988.

A propriedade, na indumentária liberal, era exercício do direito de liberdade e, com a mutação do instituto para o social, continua a ser prolongação da liberdade (patrimonial) da pessoa, entretanto, não se trata mais de liberdade absoluta, como antes, já que esse exercício se vê restrito ou condicionado à função social⁹⁹.

⁹⁸ GRAU, Eros Roberto. **Discurso de agradecimento pela medalha Teixeira de Freitas**. 2003. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67608/70218>>. Acesso em: 03 out. 2016.

⁹⁹ FORNEROLLI, Luiz Antônio Zanini. Op. cit., 2014, p. 145.

3 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA NAS CONSTITUIÇÕES REPUBLICANAS BRASILEIRAS: 1891 A 1988

O debate sobre a função social traz uma grande novidade, que é a possibilidade de um instituto jurídico mudar a sua natureza econômica sem qualquer modificação no texto da lei. A norma civil que trata da propriedade, por exemplo, não foi essencialmente alterada, ao contrário, ainda prevalece o conceito liberal de propriedade. Apesar disso, a definição jurídico-legislativa da propriedade sofreu alteração econômica e social¹⁰⁰. Enfim, os institutos jurídicos devem sofrer uma releitura sobre o prisma do direito constitucional.

Em um sistema que tem a solidariedade e a dignidade da pessoa humana como fundamento ou objetivo fundamental da República, o conteúdo da função social assume um papel promocional, o que exige que a disciplina das formas proprietárias e a sua interpretação deverão ocorrer de forma a garantir e promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento¹⁰¹.

Por outro lado, há quem não veja mudanças de paradigma na vida real, sustentando que os Tribunais continuam julgando e os administradores públicos continuam compreendendo a propriedade na concepção da Constituição de 1824 que dizia, no artigo 6º, ser a propriedade “o direito sagrado e inviolável de se dispor à vontade de todos os bens”¹⁰².

Em outra perspectiva, é controvertida a natureza jurídica da função social: cláusula geral, princípio, regra, princípio ou regra (se rural ou urbano), ônus, limitações e até mesmo direito e dever simultaneamente, caracterizando uma situação jurídica complexa¹⁰³.

Se não é cláusula geral, nem apenas princípios ou regras, a função social da propriedade corresponde a um poder-dever do titular do direito de propriedade, ou seja, reconhece-se o direito do proprietário de exigir a abstenção dos sujeitos passivos, mas impõe ao proprietário o dever de utilizar a propriedade a favor do interesse coletivo, tal e qual uma condição de adimplemento¹⁰⁴.

¹⁰⁰ BERCOVICI, Gilberto. Op. cit., 2005, p. 145.

¹⁰¹ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., 2008, p. 940.

¹⁰² MARÉS, Carlos Frederico. Op. cit., 2003, p. 15.

¹⁰³ LUDWIG, Marcos de Campos; VARELA, Laura Beck. **Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. A reconstrução do direito privado: Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 780.

¹⁰⁴ CHALHUB, Melhim Namem. **Propriedade imobiliária: função social e outros aspectos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 17.

Importante saber, por outro lado, desde quando a função social recebeu tratamento constitucional, isto é, todas as Constituições brasileiras trataram da função social? E, ainda, qual a repercussão da função social na propriedade?

Não raro se fala em função social da propriedade, da posse, da família, do casamento, da empresa, do contrato, entretanto, a abordagem será delimitada à função social imobiliária – bem imóveis – apenas, ou seja, não se pretende aqui abordar reflexos da função social na família, contratos, empresa, dentre outros.

Por fim, neste capítulo, limitar-se-á ao tratamento jurídico dispensado à função social pelas Constituições brasileiras do período republicano, enfim, a partir da Constituição de 1891 até a Constituição de 1988.

3.1 A propriedade em sua plenitude (1891)

A revolução no pensamento da humanidade de que os homens nascem iguais e não há posição social e política a ser ocupada de forma predeterminada, mudou a relação dos homens com suas vidas, por se tornarem cidadãos, por tornarem a História em suas próprias mãos, sendo assim, o maior significado das Constituições, devendo sempre ser lembrado que “o esquecimento é o adubo da tirania”¹⁰⁵.

A primeira Constituição republicana foi exigência da queda da monarquia, que se deu em 15 de novembro de 1889, pelo então marechal Deodoro da Fonseca, que assume o comando das tropas e marcha em direção ao Ministério da Guerra, onde se encontra o governo, local em que oficiais e soldados se confraternizam e depõem o gabinete, sendo proclamada a república e comunicada, na tarde do mesmo dia, por José do Patrocínio, na Câmara Municipal do Rio de Janeiro¹⁰⁶.

Quase não houve resistência à queda da monarquia, já que o regime estava desgastado, sem bases sociais, sem apoio dos escravocratas e sem a adesão dos setores dinâmicos da nova economia¹⁰⁷.

¹⁰⁵ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 483.

¹⁰⁶ CERQUEIRA, Marcello. **A Constituição na história: origem e reforma: da Revolução Inglesa de 1640 à crise do Leste Europeu**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 437.

¹⁰⁷ VILLA, Marco Antônio. **A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio**. São Paulo: Leya, 2011, p. 25.

A Constituição brasileira de 1891 veio impregnada dos ideais da Revolução Francesa de 1789, e visava a preservação das liberdades individuais (liberalismo econômico). Naquele Brasil, na economia preponderava a atividade rural, e na política vigorava o “café-com-leite”, em que predominavam os interesses dos estados de Minas Gerais e São Paulo¹⁰⁸.

A ligação entre os estados de São Paulo e de Minas Gerais era não tão estável como imagina. A imagem de um bem-sucedido acordo “café com leite”, um acordo de alternância da presidência entre os dois estados, não passa de uma idealização de um processo muito mais caótico e cheio de conflitos¹⁰⁹.

Apesar do ranço oligárquico, que prejudicou a implantação integral do liberalismo, a Constituinte republicana operou o esperado corte com o Império, pondo fim à infeliz dinastia, enterrando o Conselho de Estado, o Senado vitalício e a dissolvendo a Câmara da monarquia¹¹⁰.

A Carta de 1891 é a mais enxuta da história brasileira, com apenas 91 artigos e 8 disposições transitórias e teve apenas 58 dias de sessões, mas, curiosamente, a celeridade não se deve à eficiência da Assembleia Constituinte, mas sim, em grande parte, da ameaça de um surto de febre amarela na Capital Federal, o que teria assustado os constituintes¹¹¹.

O liberalismo, tão presente na Constituição de 1891, foi uma reação da burguesia ao poder estabelecido àquela época – a monarquia absolutista – e seus esforços sempre convergiam para a limitação do poder daquela classe¹¹².

Na ideologia do alto capitalismo – o liberalismo – há a defesa da desnecessidade da intervenção do Estado na vida social e a concepção individualista de liberdade, com a concepção de que todos são livres para contratar e de dispor de seus bens, limitando a atuação do poder estatal pelo império da lei¹¹³.

Nessa perspectiva, a primeira Constituição republicana do país é fruto das Revoluções liberais, com destaque para a Revolução Francesa, promulgada sob os ideais liberais, com grande influência das Constituições americana e francesa.

¹⁰⁸ AZEVEDO, Tatiana Soares de; BEDNARSKI, José Luiz. **Direito constitucional econômico: uma releitura da constituição econômica brasileira de 1988.** (Culturalismo Jurídico). Coordenadores Cláudio Lembro e Monica Herman S. Caggiano Barueri: Minha Editora, 2007, p. 33.

¹⁰⁹ TOPIK, Steven. Op. cit., 1987, p. 28.

¹¹⁰ CERQUEIRA, Marcello. Op. cit., 2006, p. 451.

¹¹¹ VILLA, Marco Antônio. Op. cit., p. 32.

¹¹² BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 162.

¹¹³ SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. Op. cit., 2007, p. 56.

Antes da Revolução Francesa era evidente o “binômio absolutismo-feudalidade”, em que o poder do rei (poder político) tinha ascendência sobre o feudo (poder econômico). Depois da Revolução surge outro binômio “democracia-burguesia” ou “democracia-liberalismo”, caracterizado pelo controle pelo econômico (burguesia e industrialismo) sobre o político (democracia)¹¹⁴.

A redação original do art. 72, § 17¹¹⁵, da Constituição de 1891 dizia que o direito de propriedade se mantém em sua plenitude, repercutindo no enunciado a ideologia vigente naquele momento histórico.

A primeira Constituição republicana sequer fazia menção à função social da propriedade, em que pese admitir a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, demonstrando a opção pela propriedade como direito subjetivo absoluto¹¹⁶; direito inviolável e sagrado; direito natural, sem qualquer função que atendesse à coletividade, vigorando o individualismo e egoísmo daquele período histórico. Como direito natural e individual, a propriedade converte-se em barreira frente aos poderes públicos, assinalando uma fronteira entre a atuação estatal que jamais poderia ser avançada¹¹⁷.

3.2 A proteção ao interesse social ou coletivo (1891)

A década de 1920 foi marcada pelas “rebeliões tenentistas”, mas a temperatura política aumentou também em razão da recessão econômica gerada pela crise mundial de 1929, com efeitos negativos no setor de exportação do café, o produto mais importante da balança comercial brasileira naquele período¹¹⁸.

A partir do século XIX, o Brasil chegou a ser responsável por 80% da produção cafeeira mundial e mais de 50% da borracha. Chegou a ser o maior produtor de mate do mundo e o segundo maior exportador de cacau, sendo que, entre 1889 a 1930, somente a Argentina exportava mais que o Brasil em toda a América Latina¹¹⁹. No decorrer do século XIX, gerou condições para um desenvolvimento socioeconômico regional diversificado,

¹¹⁴ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., 1993, p. 41.

¹¹⁵ O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria.

¹¹⁶ LOTUFO, Renan. Op. cit., 2008, p. 339.

¹¹⁷ FORNEROLLI, Luiz Antônio Zanini. Op. cit., 2014, p. 51.

¹¹⁸ VILLA, Marco Antônio. Op. cit., 2011, p. 43.

¹¹⁹ TOPIK, Steven. Op. cit., 1987, p. 16.

chegando ao ponto de uma camada de produtos exportáveis, como o algodão e o açúcar, a partir de 1889, tivessem mais de 2/3 de sua produção vendida no mercado interno¹²⁰.

A Revolução de 1930 decorre do esgotamento do modelo agrário-exportador praticado pela política burguesa hegemônica cafeeira de São Paulo e parte de Minas Gerais¹²¹. Do movimento de 1930 resulta a Constituição de 1934, das mudanças iniciadas pelo Governo Provisório e pela Revolução Constitucionalista de 1932, ou seja, seu contexto político é totalmente diverso daquele que deu origem à Constituição de 1891. A população acolheu com entusiasmo a Assembleia Constituinte reunida em 1933, enquanto na 1891 houve total indiferença¹²².

Merece lembrança a menção ao fato de que era típico do período o culto ao Estado forte, com inspiração do totalitarismo europeu, e o repúdio as ideias liberais, chamadas de anacrônicas¹²³. Se, de um lado, foi elogiável a recepção da população com a Assembleia Constituinte de 1933, por outro, seu texto, chamado de dúbio, recebeu inúmeras críticas.

O texto, apesar do brilhantismo jurídico, era uma colcha de retalhos, marcado de indecisões e ambiguidades, que não delineava, como se esperava, um projeto hegemônico para o país, que era fundamental, questão de vida ou morte, já que se a hegemonia não fosse resolvida no plenário, seria obtida nos bastidores políticos ou mesmo com a força das armas¹²⁴.

O traço dominante da Constituição de 1934 foi seu caráter democrático e com viés social, tentando conciliar, no domínio econômico social, a democracia liberal com o socialismo, no âmbito político, o federalismo com o unitarismo, na esfera governamental, o presidencialismo com o parlamentarismo¹²⁵.

Há quem, aliás, considera a Constituição de 1934 uma Constituição “supostamente revolucionária”, pois, em princípio, deveria institucionalizar a inovadora Revolução de 1930, mas o tenentismo não passou de uma insurreição, dentre tantas na história da primeira República, com um saldo de reformas muito abaixo das expectativas¹²⁶.

Apesar dessa crítica, não se duvida que a Constituição de 1934 foi marcada pelo seu teor social, sem suprimir direitos e garantias contidas na primeira Constituição

¹²⁰ TOPIK, Steven. Op. cit., 1987, p. 16-17.

¹²¹ CERQUEIRA, Marcello. Op. cit., 2006, p. 474.

¹²² BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. cit., 1991, p. 319.

¹²³ VILLA, Marco Antônio. Op. cit., 2011, p. 49.

¹²⁴ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. cit., 1991, 320.

¹²⁵ BASTOS, Celso; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 190.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 189.

republicana, de cunho individualista, transportando para o direito brasileiro princípios e instituições reconhecidos em outros países¹²⁷.

Assim, a Constituição de 1934 funda o Estado social brasileiro que, na Alemanha, foi estabelecido um século antes por Bismarck, aperfeiçoado com Preuss (*Weimar*) e proclamado na Lei Fundamental de Bonn, de 1949, chamado por lá de Estado social de direito¹²⁸. O texto constitucional não usou a expressão “função social”, mas asseverava que o direito de propriedade não podia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, o que já seria uma evolução frente à Carta de 1891, que tratava a propriedade como direito natural, direito absoluto.

A Constituição de 1934 não repete a fórmula do direito de propriedade em toda a sua plenitude, ou seja, rompe com a tradição individualista romana da *plena in rem potestas*. À evidência, há quem defenda, não sem muita divergência que a função social foi recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro em 1934, sendo repetida nas Cartas que a sucederam, já que é razoável entender que mais importante que o texto da lei é o seu conteúdo, teor ideológico, sua aspiração política.

3.3 Limites regulados por lei (1937)

Para Getúlio Vargas, a Constituição de 1934 era uma espécie de pedra no seu caminho e é sabido que somente aceitou a constituinte em virtude dos acontecimentos que desencadearam a Revolução Constitucionalista de 1932¹²⁹. A Carta de 1937 foi inspirada em diversas fontes, dentre elas, a influência do fascismo de Mussolini, do nazismo de Hitler, no corporativismo português, na Constituição estadual do Rio Grande do Sul de 1890, estado natal de Getúlio Vargas, e com ainda maior influência da Constituição da Polônia, o que permitiu o apelido malicioso de “A Polaca”¹³⁰.

Para alguns, “A Polaca” foi a primeira Constituição a dispensar o trabalho de representação popular constituinte, pois foi inaugurada com o golpe de 10 de novembro do mesmo ano e, antes dela, todas as anteriores resultaram de debates e decisões constituintes; inclusive, a Constituinte de 1824, outorgada por D. Pedro I, foi fruto do trabalho dos

¹²⁷ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. cit., 1991, p. 325.

¹²⁸ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. cit., 1991, p. 325.

¹²⁹ VILLA, Marco Antônio. Op. cit., 2011, p. 61.

¹³⁰ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. cit., 1991, p. 339/340.

constituintes, isto porque, a Assembleia foi dissolvida pelo Imperador quando o texto já estava concluído, mas quase sua totalidade foi preparada pelos irmãos Andradas e outros ilustres brasileiros¹³¹.

Em crítica dura à Carta de 1937, Francisco de Assis Alves defendeu que o Presidente da República, autointitulado de *inocultável caudilho*, elevou-se acima da Constituição, desvinculando-se dela e conduzindo o governo segundo sua conveniência pessoal¹³². Sem dúvida, o autoritarismo foi a marca indelével nos seus 187 artigos, mesmo porque, Getúlio Vargas não buscava apenas a manutenção no poder, queria poderes discricionários¹³³.

Neste sentido, o “caudilho” sequer convocou o plebiscito, previsto na Constituição de 1937 e destinado a legitimá-la, o que leva a alguns a afirmar que ela sequer vigorou de direito. Neste sentido, dizia-se que ela “não se realizou; não foi respeitada – quase toda, *nem sequer, existiu*”¹³⁴. Em relação ao tema desse trabalho, a Constituição de 1937 manteve a ideia da função social da propriedade, mas remetendo à legislação regulamentar o ordenamento do exercício da propriedade, o que culminou na edição dos Decretos Lei nº 25/1937 (Proteção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional) e o nº 58/1937 (Regras de Loteamentos Urbanos e Venda de Lotes)¹³⁵.

A Constituição de 1937, em seu artigo 122, 14¹³⁶, assegurava o direito de propriedade aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Brasil, o conteúdo e limites da propriedade seriam definidos em leis que iriam regular o seu exercício. Se, por um lado, não repetiu a fórmula da Constituição de 1934 (o direito de propriedade não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo), por outro, não retrocedeu ao texto da primeira Constituição republicana (a propriedade como direito absoluto). Para infelicidade

¹³¹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. cit., 1991, p. 339.

¹³² BASTOS, Celso; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., 2009, p. 193.

¹³³ VILLA, Marco Antônio. Op. cit., 2011, p. 62-67.

¹³⁴ PONTES DE MIRADA *apud* BASTOS, Celso; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 193.

¹³⁵ SANTOS, Anderson. **Função social da propriedade urbana: regularização fundiária**. 2008. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2008.

¹³⁶ Artigo 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes. 14) o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício.

dos brasileiros, a Constituição de 1937 é o registro definitivo da derrota da tendência liberal¹³⁷.

3.4 O uso condicionado ao bem-estar social (1946)

Com a proximidade do fim da Segunda Grande Guerra, o cenário político foi se alterando e a Constituição de 1937 começou a ser duramente atacada e foram desaparecendo os seus aduladores¹³⁸.

Felizmente, toda ditadura, por mais longa e sombria, está determinada a ter um fim, como se depreende da Constituição de 1946¹³⁹, que nasceu de um movimento de repúdio ao Estado Novo, um regime de arbítrio que sujeitou a Nação a uma ditadura pessoal de inspiração fascista e totalitária, o que denota uma grande contradição, já que o sangue de soldados brasileiros foi derramado nos campos da Itália pela restauração dos princípios da liberdade e democracia, mas, internamente, o Brasil vivia sem liberdade de imprensa, sem partidos políticos, sem Constituição¹⁴⁰.

A Constituição de 1946 se manteve fiel às premissas do liberalismo clássico, representando pequeno avanço em relação às constituições anteriores (de 1891 e 1934), em especial se for considerada a profunda mudança verificada no Brasil a partir da década de 30, mas, sem dúvida, reafirmou os princípios liberais e incorporou a legislação social feita durante o Estado Novo¹⁴¹.

Apesar de inovadora em algumas questões, a Constituição de 1946 teve quatro graves equívocos: o Poder Executivo foi enfraquecido, deixado à mercê do Poder Legislativo; o fortalecimento do Poder Legislativo, porém, com um quadro normativo reduzido à lei ordinária e à lei constitucional; a obstaculização da intervenção do Estado no domínio econômico, em que pese a emergente sociedade industrial; a adoção do pluralismo partidário, sem cautelas, o que favoreceu à criação de partidos nacionais de fachada e a política estadual¹⁴².

¹³⁷ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. cit., 1991, p. 320.

¹³⁸ VILLA, Marco Antônio. Op. cit., 2011, p. 77.

¹³⁹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. cit., p. 409.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 349.

¹⁴¹ HAURIUO *apud* CERQUEIRA, Marcello. **A constituição na história: origem e reforma: da Revolução Inglesa de 1640 à crise do Leste Europeu**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 496.

¹⁴² REALE, Miguel *apud* BASTOS, Celso; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 195.

O tratamento à propriedade foi previsto no artigo 141, § 16¹⁴³, da Constituição de 1946, ou seja, a Constituição do pós Grande II Guerra, assim como a revogada, assegurava aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Brasil o direito à propriedade, mas não repetiu que o conteúdo e os limites da propriedade seriam definidos em leis que iriam regular o seu exercício.

O avanço da Constituição de 1946¹⁴⁴ foi que o uso da propriedade deveria estar condicionado ao bem-estar social, promovendo a justa distribuição da propriedade, com oportunidades iguais para todos.

Como se vê, o texto constitucional de 1946, acautelando direitos individuais, reforçou o direito à propriedade ao dispor que a indenização justa e prévia, no caso de desapropriação, se fazia em dinheiro, pondo fim ao silêncio e omissão da Constituição de 34¹⁴⁵.

À evidência, o constituinte não se atenta para a expressão “função social”, mas diz que o uso da propriedade se condiciona ao bem-estar social, o que também já demonstra o não comprometimento com os interesses puramente individuais, egoísticos, rompendo de vez com o conceito de propriedade como direito absoluto e exercício em plenitude.

Isto posto, há aqueles que defendem que a função social teria sido introduzida no ordenamento brasileiro pela Constituição de 1946, ainda que com “outro discurso” (bem-estar social)¹⁴⁶, para outros, a função social teria sido introduzida no sistema jurídico brasileiro com a Constituição de 1934.

¹⁴³ Artigo 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.

¹⁴⁴ Artigo 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos. § 1º Para os fins previstos neste artigo, a União poderá promover desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento da prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, segundo índices fixados pelo Conselho Nacional de Economia, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinquenta por cento do Imposto Territorial Rural e como pagamento do preço de terras públicas.

¹⁴⁵ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. cit., 1991, p. 411.

¹⁴⁶ TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., 2009, p. 145.

3.5 A função social da propriedade como princípio da ordem econômica (1967)

Com o Golpe civil-militar de 1964, os novos donos do poder foram hábeis na imposição de uma renovada ordem legal marcada pela violência e pelo arbítrio, apesar da Constituição de 1946 ainda estar em vigor, mantendo as aparências, desprezando a sucessão legal do poder, ignorando o Congresso¹⁴⁷.

A Constituição de 1967 pretendia consolidar os ideais e princípios da Revolução de 1964 e foi aprovada por um Congresso Nacional constrangido a deliberar em sessão extraordinária de apenas quarenta e dois dias, enviada por um Presidente apoiado pelas Forças Armadas, sob ameaça, se necessário, do fechamento do Parlamento, naquele momento em recesso forçado e já sem os principais líderes oposicionistas cujo mandato e direitos políticos haviam sido cassados pelos chefes da insurreição¹⁴⁸.

A Carta de 1967, que foi chamada até mesmo de “super-polaca”¹⁴⁹, tinha o estilo do Estado Novo temperado com a linguagem do “pronunciamento” de 1º de abril de 1964, prendendo uma espada de Dâmocles sobre os parlamentares, já que o texto previa definições de “abusar” e “atentar contra a ordem democrática” que, por serem elásticas, serviam ao poder de acordo com suas conveniências¹⁵⁰.

É controvertida a tese se a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 foi uma nova constituição ou se apenas decorrente do poder constituinte derivado. Bonavides e Paes de Andrade entendem que a Emenda nº 1, ao substituir a Constituição de 1967, adaptou os vários atos institucionais e complementares, tornando-se de fato uma nova Carta¹⁵¹, mas que não se trata de nova Constituição.

A Emenda Constitucional nº 1 de 1969, para alguns, seria uma Constituição do tipo instrumental que se destinava apenas e tão somente a dar fisionomia jurídica a um regime de poder de fato¹⁵².

Certo é que a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, impingida aos brasileiros de “cima para baixo”, assim como as Constituições de 1824 e 1937, deve ser apagada da

¹⁴⁷ VILLA, Marco Antônio. Op. cit., 2011, p. 93.

¹⁴⁸ BASTOS, Celso; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., 2009, p. 197.

¹⁴⁹ CAPANEMA, Gustavo *apud* BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 431.

¹⁵⁰ VILLA, Marco Antônio. Op. cit., 2011, p. 98-99.

¹⁵¹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. cit., 1991, p. 443.

¹⁵² ARINOS, Afonso *apud* BASTOS, Celso; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 201.

experiência constitucional brasileira, recolhida ao museu das antiguidades, útil como testemunho de uma época que todos devem conhecer, ainda que para evitar que sua repetição¹⁵³.

A respeito da propriedade e sua função social no Texto de 1967, há quem defenda que a menção expressa à função social da propriedade como princípio constitucional deu-se naquele momento¹⁵⁴, pois o artigo 150, § 22¹⁵⁵ garantia o direito de propriedade, mas a grande novidade no artigo 157, III¹⁵⁶, da Carta que tratava a função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica e com a finalidade de realizar a justiça social.

Se, por um lado, é certo que a Constituição de 1946 foi a primeira a abordar a questão da propriedade pelo prisma da socialidade, ao dizer que o uso da propriedade se condiciona ao bem-estar social, também é correto expor que a Constituição de 1967 – não desmerecendo as justas críticas a ela imputadas – foi a primeira a trazer a expressão “função social”.

Em outras palavras, a concepção de função social adveio com a Constituição de 1946, mas a expressão “função social da propriedade” foi exposta de forma inédita pela Constituição de 1967.

Finalmente, houve a superação, de forma muito negativa, da antiga Carta totalitária de 1937 por outra ainda mais centralizadora, a de 1967, mesmo porque, houve a manutenção formal, na Constituição de 1967, dos mesmos direitos e garantias individuais, mas o texto adotado foi contestado na prática, já que deixou para a lei ordinária o estabelecimento dos termos em que seriam exercidos¹⁵⁷.

O ponto de inflexão do regime militar, felizmente, veio com as eleições de 1974, com campanha eleitoral realizada com relativa liberdade, permitindo ao Movimento Democrático Brasileiro (MDB) denunciar a grave crise econômica, escândalos financeiros

¹⁵³ BASTOS, Celso; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., 2009, p. 201.

¹⁵⁴ MATTOS, Liana Portilho *apud* SANTOS, Anderson. **Função social da propriedade urbana: regularização fundiária**. 2008. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2008.

¹⁵⁵ A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 22 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 157, § 1º. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.

¹⁵⁶ A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: III - função social da propriedade.

¹⁵⁷ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. cit., 1991, p. 431.

e a enorme dívida externa¹⁵⁸. Era, assim, o início do fim de estado autoritário e antidemocrático que não pode ser esquecido, pois “o esquecimento é o adubo da tirania”, conforme já salientado por Bonavides e Andrade.

3.6 A função social como dever fundamental (1988)

A minuta de um projeto de convocação de uma Constituinte, por solicitação do ministro da Justiça, Fernando Lyra, em junho de 1985, foi apresentada de forma que refletisse a posição do grupo mais avançado do governo, havendo divergência com relação à convocação da Constituinte: a primeira proposta postulava a convocação de uma Assembleia Constituinte livre, soberana e exclusiva, com a única atribuição de votar o novo pacto político; a segunda proposta defendia a tese de conferir poderes aquele Congresso Nacional, frise-se em final de legislatura, para redigir uma nova Constituição; a terceira, ao final vitoriosa, como se sabe, propunha proposta intermediária, preconizando a convocação de um Congresso Constituinte¹⁵⁹.

Não é possível definir o perfil ideológico da última Constituinte, mas duas tendências ficaram evidentes no debate e votação dos temas sociais e direitos dos trabalhadores, na questão da terra e da propriedade, da reforma agrária, do capital estrangeiro, das riquezas do subsolo, da política de informática, da comunicação, da estrutura sindical com o pluralismo ou a unidade (a esquerda dividida ou abstendo-se de votar como ocorreu com o Partido dos Trabalhadores – PT), do direito de greve, da reforma tributária¹⁶⁰.

Na votação do texto final da Constituição, na sessão de 22 de setembro de 1988, o placar foi amplamente favorável à aprovação, com 474 votos, e apenas 15 foram contrários, aliás, todos da bancada do PT que consideraram a Constituição “elitista e conservadora”¹⁶¹.

A Constituição de 1988 é a mais democrática das constituições brasileiras, considerada uma constituição verdadeiramente espontânea, pois foi elaborada de baixo para cima e de fora para dentro, ao contrário das anteriores que foram ou impostas por

¹⁵⁸ CERQUEIRA, Marcello. Op. cit., 2006, p. 526.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 529-530.

¹⁶⁰ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. cit., 1991, p. 473.

¹⁶¹ VILLA, Marco Antônio. Op. cit., 2011, p. 115.

“déspotas” ou induzidas por tutores intelectuais que não acreditava na possibilidade do país caminhar com as próprias pernas e traçar o próprio destino¹⁶².

Em uma análise aparente, pode-se dizer que a Constituição de 1988 foi a primeira a se originar sem ruptura anterior das instituições, mas sem dúvida seria uma análise incorreta, já que a ruptura – que não precedida de um ato de independência ou da queda de um império ou do fim da república oligárquica ou da ruína de uma ditadura ou mesmo um golpe de Estado – se deu na “alma da nação, profundamente rebelada contra o mais longo eclipse das liberdades públicas”¹⁶³.

Para Marés, “emergido da noite autoritária”, a nova Constituição enfrentou com vigor o caráter absoluto do direito de propriedade¹⁶⁴. A Constituição de 1988 trata do regime jurídico da propriedade no artigo 5º, incisos XXII e XXIII, quando garante o direito de propriedade, mas dispõe que a propriedade atenderá a sua função social.

A propriedade e a função social também recebem tratamento no artigo 170, ao afirmar que são princípios da ordem econômica a propriedade privada (inciso II) e a função social da propriedade privada (inciso III).

Em virtude desse tratamento jurídico, há quem sustente que a propriedade, com o advento da Constituição de 1988, como concebida no Código Civil e, antes ainda, pela primeira Constituição republicana de 1891, simplesmente desapareceu do sistema jurídico, ou seja, houve uma ruptura na medida em que houve a substituição da ideia de aproveitamento *pro se* pelo de função de caráter social¹⁶⁵.

Por outro lado, há quem defenda que a propriedade deveria ser prevista apenas como instituição do direito econômico e não como direito individual, pois, o princípio da função social, em que pese não autorizar a sua supressão, modifica a natureza da propriedade¹⁶⁶.

Certo é que concepção da função social vem romper com a concepção individualista e liberal do direito de propriedade inspirado pelo modelo do Código Napoleônico – e adotada pela Constituição de 1891 e pelo Código Civil de 1916 – que

¹⁶² BASTOS, Celso; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., 2009, p. 203.

¹⁶³ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. cit., 1991, p. 451.

¹⁶⁴ MARÉS, Carlos Frederico. Op. cit., 2003, p. 114.

¹⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., 2001, cap. 12, p. 283.

¹⁶⁶ SILVA, José Afonso da. Op. cit., 2015, p. 286.

tratava a propriedade apenas pelo prisma estrutural, um feixe de direitos, enquanto a Constituição de 1988 analisa a propriedade como finalidade, objetivo, função¹⁶⁷.

A evolução jurídica não se dá apenas com a mudança da norma, mas também com a alteração da sua função, e falar em função social não é fazer referência às limitações negativas do direito de propriedade, não a sua substância; antes disso, a função é o poder de dar à propriedade determinado destino, de vinculá-la a um objetivo social, que corresponda ao interesse coletivo e não individual do detentor do poder¹⁶⁸.

A função social da propriedade não se satisfaz com o não prejuízo a outrem, ao contrário, a função social exige que o proprietário exerça o direito em benefício de outrem. Em outras palavras, não basta se abster de prejudicar, mas exige uma conduta positiva, de beneficiar outrem¹⁶⁹.

Sem dúvida, para que a propriedade seja reconhecida no campo jurídico, não basta não buscar fins antissociais ou não-sociais, deverá também se avaliar se está de acordo à razão pela qual o direito de propriedade foi garantido e reconhecido¹⁷⁰.

Quanto às sanções constitucionais – artigos 182 e 186 da Constituição – impostas em decorrência do descumprimento da função social são autêntico dever imposto ao Estado, sob pena de inconstitucionalidade por omissão administrativa e não mera possibilidade¹⁷¹. Em outras palavras, o Estado tem o dever – não há discricionariedade – de aplicá-las.

Não há que se tratar a função social como um comando vazio de conteúdo, nem um apelo à discricionariedade, tendo em vista que o artigo 186 da Constituição traz seus requisitos que devem ser atendidos simultaneamente¹⁷².

A propriedade que descumpre a função social perde, para alguns, a proteção possessória, isto é, retira a possibilidade de concessão das garantias processuais ao proprietário que teve a posse turbada ou esbulhada¹⁷³, afinal, há quem entenda não merecer garantia e reconhecimento a propriedade que não tem uma função social¹⁷⁴.

¹⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Op. cit., 2005, p. 102-105.

¹⁶⁸ BERCOVICI, Gilberto. Op. cit., 2005, p. 146-147.

¹⁶⁹ GRAU, Eros Roberto. Op. cit., 2014, p. 245.

¹⁷⁰ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., 2002, p. 228.

¹⁷¹ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., 1996, p. 75.

¹⁷² LUDWIG, Marcos de Campos; VARELA, Laura Beck. Op. cit., 2002, p. 779.

¹⁷³ BERCOVICI, Gilberto. Op. cit., 2005, p. 167.

¹⁷⁴ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., 2002, p. 229.

Na Constituição de 1988, a propriedade que cumpre a função social é justificada pelos seus serviços, pelas suas funções, pelos seus fins¹⁷⁵; até porque, a posse não é somente o conteúdo do direito de propriedade, mas sua causa e sua necessidade; causa porque é sua força geradora; necessidade porque indispensável sua manutenção sob pena de recair sobre aquele bem a força aquisitiva¹⁷⁶.

Em outras palavras, no atual panorama constitucional, a propriedade privada não apenas atende os interesses do titular do direito, é instrumento para a proteção da pessoa humana e, assim, a utilização dos bens privados, o exercício do direito de propriedade, deve respeitar e promover situações jurídicas subjetivas existenciais e sociais por ela atingidas¹⁷⁷.

Diante do exposto, a primeira Constituição republicana do Brasil, refletindo o momento histórico, político, jurídico e influenciada pelos ideais liberais da Revolução Francesa, quase 100 anos antes, abordou a propriedade como direito absoluto, mantido em sua plenitude, e, apesar de prever a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia, sem dúvida, a propriedade tinha um viés individualista e não fazia a mínima menção à função social da propriedade.

A Carta seguinte, de 1934, consequência da Revolução de 1930, repudiava os ideais liberais e pregava um Estado forte e com teor social, inaugurando o Estado social brasileiro.

Apenas três anos depois, em 1937, inspirado especialmente nos regimes totalitários europeus, certo de que a Carta em vigor era um obstáculo ao seu projeto de poder, Getúlio Vargas impôs a nova Constituição, já que inaugurada com um golpe e sem o trabalho de uma Assembleia Constituinte legítima.

Apesar de alguns não a reconhecerem como uma Constituição – o plebiscito que iria legitimá-la jamais ocorreu –, foi mantida a concepção da função social da propriedade ao afirmar que a propriedade teria conteúdo e limites definidos em lei regulamentadora do seu exercício.

Com o final da Segunda Grande Guerra e com a derrocada dos regimes autoritários que inspiraram a Constituição de 1937, nasceu um movimento de repúdio ao Estado Novo que favoreceu a concepção de uma nova Carta política.

¹⁷⁵ GRAU, Eros Roberto. Op. cit., 2014, p. 238.

¹⁷⁶ FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural.** Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 13.

¹⁷⁷ TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., 2009, p. 184.

Na Constituição de 1946, o uso da propriedade foi condicionado ao bem-estar social e almejava a justa distribuição da propriedade, com oportunidade igual para todos. A propriedade já não era mais direito individual, já havia um fim social, apesar da omissão da expressão função social da propriedade.

Quase 20 anos depois, em 1964, veio o Golpe Militar e, em seguida, um período de violência e arbitrariedade, em 1967, a Constituição apelidada por alguns de “super-polaca”, em referência ao fato de ser ainda mais arbitrária que a Constituição de 1937, chamada de “polaca”.

Irônico é que foi a Constituição “super-polaca” que trouxe pela primeira vez, em nível constitucional, a expressão função social da propriedade, também princípio da ordem econômica.

Verdade é que, em essência, a ideia da propriedade como função fora prevista, inicialmente, na Constituição de 1934 (para outros na Constituição de 1946), ao proibir o exercício do direito de propriedade contra o interesse social ou coletivo, e não na Constituição de 64, como pode aparentar uma leitura singela.

Finalmente, adveio a mais democrática das Constituições brasileiras, a de 1988, originada de uma ruptura que se deu na alma do povo rebelado oprimido após quase duas décadas de “eclipse das liberdades públicas”.

A partir da Constituição de 1934, o uso da propriedade não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, o que marca a ruptura com a propriedade clássica, tradicional, pois já se percebe um fim, um objetivo social. Entretanto, não há, ainda, nesse período, a exigência de que a propriedade seja benéfica a terceiros ou a coletividade, satisfaz-se com que não seja prejudicial a outrem.

Vale mencionar a opinião de que quem cumpre a função social não é a propriedade, que é um conceito, mas a terra, por isso, a função social relaciona-se com o bem e o seu uso, e não ao direito de propriedade, que é abstrato¹⁷⁸.

Indiscutível é que a função social altera o conceito da propriedade, mas não pode ser vista como elemento exterior a ela e sim como elemento integrante da sua estrutura¹⁷⁹.

Constituição cidadã, finalmente, se vê uma clara função social, já que não basta que não seja exercido contra terceiros ou a sociedade, é indispensável que seja exercida em favor de alguém ou da sociedade. Em outras palavras, a função social da propriedade

¹⁷⁸ MARÉS, Carlos Frederico. Op. cit., 2003, p. 116.

¹⁷⁹ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Op. cit., 2003.

institui um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, em contraponto à visão individualista¹⁸⁰.

O ordenamento, portanto, não mais subsidia a visão da propriedade privada como espaço imune à ingerência do Poder Público, uma espécie de salvo-conduto para a liberdade individual¹⁸¹.

É o prestígio à função social. Não basta que o direito não seja exercido contra terceiros ou a sociedade, é indispensável que seja exercido em favor de alguém ou da sociedade, o que demonstra uma nova perspectiva nos institutos jurídicos, não contemplados pela sua estrutura, mas sua função.

¹⁸⁰ FACHIN, Luiz Edson. Op. cit., 1988, p. 19.

¹⁸¹ TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., 2009, p. 182.

4 A USUCAPIÃO COMO INSTRUMENTO DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 Institutos jurídicos e políticos de política urbana

A propriedade urbana cumpre a sua função social quando prestigia o Plano Diretor, atendendo suas exigências fundamentais de ordenação da cidade, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas. Enfim, o plano diretor é parte integrante do processo de planejamento municipal, além de receber tratamento especial no Estatuto da Cidade, que regulamenta a política de desenvolvimento urbano e estabelece diretrizes gerais da política urbana.

O Estatuto da Cidade institui os instrumentos jurídicos e políticos de política urbana, com destaque para a usucapião especial de imóvel urbano. Considerando que este trabalho pretende abordar o tema da usucapião extrajudicial, inclusive como instrumento de regularização fundiária e efetivação de direitos fundamentais, essencial que se aborde o Estatuto da Cidade e seus mecanismos de planejamento urbano.

A origem do Estatuto da Cidade remete ao ano de 1982, quando o então Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano (CNDU) criou um grupo de trabalho para estudar e preparar um anteprojeto de lei que tratasse do desenvolvimento urbano, sendo aprovado anteprojeto de lei, inclusive com pareceres favoráveis dos professores Miguel Reale e Hely Lopes Meirelles. O anteprojeto foi enviado à Presidência da República e, posteriormente, à Câmara dos Deputados¹⁸².

Após anos de tramitação, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) foi aprovado pelo Senado Federal, disciplinando não só o uso puro e simples da propriedade urbana, mas as diretrizes do meio ambiente artificial, prestigiando o equilíbrio ambiental e estabelecendo aos operadores do direito maior facilidade no manejo do tema, inclusive, com a utilização dos instrumentos jurídicos incorporados pelo direito ambiental constitucional brasileiro¹⁸³.

¹⁸² GASPARINI, Diógenes. **O estatuto da cidade**. São Paulo: NDJ, 2002, p. 3.

¹⁸³ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Estatuto da cidade comentado: lei 10.257/2001 – Lei do meio ambiente artificial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 17.

Nunca é demais lembrar que boa parte dos graves problemas urbanos que hoje afetam a vida de grandes cidades deve-se à total omissão (por vezes de má-fé) da Administração municipal no exercício da função fiscalizatória, o que exige uma atuação da população na cobrança dos prefeitos o controle do uso do solo¹⁸⁴.

É verdadeiro afirmar, assim, que na execução da política urbana, o meio ambiente artificial passa a receber uma tutela mediata e uma tutela imediata, relacionando-se diretamente às cidades, o que torna impossível desvincular da execução da política urbana, o conceito de direito à sadia qualidade de vida, o direito à satisfação dos valores da dignidade da pessoa humana e da própria vida; daí que a execução da política urbana determinada pelo Estatuto da Cidade deverá ser orientada pelos objetivos do direito ambiental constitucional e pela realização dos valores previstos no artigo 1º da Constituição Federal¹⁸⁵¹⁸⁶.

Com o advento do Estatuto da Cidade, as normas que regulam o uso da propriedade nas cidades assumem valores metaindividuais, na medida em que o uso da propriedade, em consonância com o artigo 1º, parágrafo único¹⁸⁷ do referido diploma legal, direcionam-se em favor do bem coletivo, da segurança, do bem-estar dos cidadãos e do equilíbrio ambiental¹⁸⁸.

Por fim, as normas do Estatuto da Cidade são de ordem pública e interesse social, significando que não podem ser derogadas ou moldadas pela vontade das partes, sendo imperativas, cogentes e são relevantes para toda a sociedade, não sendo permitido que a vontade privada afaste sua aplicação¹⁸⁹.

A moderna doutrina demonstra que também as cidades exercem uma função social, em especial quando proporcionam aos seus habitantes o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, além de um piso vital mínimo relacionado aos

¹⁸⁴ MEDAUAR, Odete. Diretrizes gerais. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes; MEDAUAR, Odete (Coord.). **Estatuto da cidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 32.

¹⁸⁵ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Op. cit., 2002, p. 18.

¹⁸⁶ Conforme FIORILLO, a tutela mediata pode ser vista na redação do artigo 225 da Constituição Federal, ao tratar da proteção geral ao meio ambiente enquanto tutela da vida em todas as suas formas, centrada na dignidade da pessoa humana; por sua vez, a tutela imediata está regulamentada nos artigos 182 e 183 da Constituição, relacionando-se diretamente às cidades.

¹⁸⁷ Parágrafo único - Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

¹⁸⁸ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Op. cit., 2002, p. 18.

¹⁸⁹ MEDAUAR, Odete. Diretrizes gerais. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes; MEDAUAR, Odete (Coord.). Op. cit., 2004, p. 24.

direitos sociais, facilitando o acesso à cidade dos que vivem em áreas regulares e principalmente nos estabelecimentos irregulares¹⁹⁰.

A função social da cidade obriga que as cidades sejam vistas não apenas como lugar físico ou de mera reunião de pessoas, mas como espaço geográfico, na concepção de Milton Santos, ou seja, uma instância social, como a economia, a cultura e a política. O espaço geográfico, ao receber um estatuto teórico, permite um diálogo da Geografia com as demais disciplinas do conhecimento e, se assumido como uma categoria de análise social, sinônimo de território usado, território abrigo de todos os homens de todas as instituições e de todas as organizações¹⁹¹.

Se as cidades devem cumprir uma função social, a regularização fundiária não pode ser concebida apenas como faculdade do Poder Público, como defendem alguns com justificativa no artigo 40 da Lei nº 6.766/79, segundo o qual o Município ou o Distrito Federal tem a apenas a faculdade de regularizar o loteamento¹⁹².

O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso especial nº 859.905-RS, interpretou que o Município tinha a faculdade de realizar obras de infraestrutura em loteamento, sob seu critério de oportunidade, ou seja, um juízo discricionário. Contudo, não se trata (a regularização fundiária) de faculdade do Poder Público, mas sim, dever por se inserir como instrumento de garantia do direito social à moradia e sua implementação resguarda e viabiliza direitos fundamentais¹⁹³.

Atualmente, vem prosperando a orientação de que a Administração Pública tem o dever de promover a regularização imobiliária, já que o Poder Público não pode renunciar à regularidade fundiária, em decorrência do dever de manter um desenvolvimento urbano pleno e sustentado, em prestígio ao princípio da indisponibilidade do interesse público¹⁹⁴.

¹⁹⁰ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Op. cit., 2002, p. 23-27.

¹⁹¹ SANTOS, Milton. **O retorno do território**. 2005. Disponível em:

<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal16/D16Santos.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2016.

¹⁹² A Prefeitura Municipal, ou o Distrito Federal quando for o caso, se desatendida pelo loteador a notificação, poderá regularizar loteamento ou desmembramento não autorizado ou executado sem observância das determinações do ato administrativo de licença, para evitar lesão aos seus padrões de desenvolvimento urbano e na defesa dos direitos dos adquirentes de lotes.

¹⁹³ GALMACCI, Thanyelle. **A demarcação urbanística e a legitimação da posse como instrumentos da regularização fundiária de interesse social**. 2012. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 56.

¹⁹⁴ FUKASSAWA, Fernando. **Regularização fundiária urbana: lei nº 11.977/09**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 43.

No Superior Tribunal de Justiça também é possível encontrar decisões que tratam a regularização fundiária não como adstrita à discricionariedade do administrador público, mas como dever de agir¹⁹⁵.

Após estas considerações sobre a regularização fundiária como dever, é importante ressaltar que o Estatuto da Cidade trata muito bem dos instrumentos, jurídicos e políticos, permitidos para a efetivação da regularização fundiária: (a) desapropriação; (b) servidão administrativa; (c) limitações administrativas; (d) tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano; (e) instituição de unidades de conservação; (f) instituição de zonas especiais de interesse social; (g) concessão de direito real de uso; (h) concessão de uso especial para fins de moradia; (i) parcelamento, edificação ou utilização compulsórios; (j) usucapião especial de imóvel urbano; (l) direito de superfície; (m) direito de preempção; (n) outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso; (o) transferência do direito de construir; (p) operações urbanas consorciadas; (q) regularização fundiária; (r) assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos; (s) referendo popular e plebiscito; (t) demarcação urbanística para fins de regularização fundiária; (u) legitimação de posse¹⁹⁶.

A legislação específica das últimas décadas tem ampliado significativamente os instrumentos de regularização fundiária, ora criando instrumentos antes inexistentes, ora ampliando a aplicabilidade dos instrumentos clássicos ou tradicionais e, como exemplo, de instrumento de regularização fundiária de titulação, tem-se a usucapião com suas novas figuras: usucapião coletivo, usucapião especial, usucapião extrajudicial (em contraponto à usucapião judicial)¹⁹⁷.

Há, ainda, outros esquemas mais simples para suprir o déficit habitacional, que são populares entre estudiosos e consultores especializados: *core housing* (o Estado oferece a casa-embrião, estrutura básica da habitação, em vez de oferecer a moradia pronta, com ou

¹⁹⁵ O STJ tem entendido que o Município tem o poder-dever de agir no sentido de regularizar loteamento urbano ocorrido de modo clandestino, para impedir o uso ilegal do solo. O exercício desta atividade é obrigatório e vinculado (Recurso Especial nº 292.846/2000 – SP, Relator Min. Humberto Gomes, em 7 de março de 2002).

¹⁹⁶ Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01), artigo 4º, inciso V.

¹⁹⁷ AMADEI, Vicente de Abreu. Concessão de uso especial para fins de moradia e concessão de direito real de uso. In: LEVY, Wilson; NALINI, José Renato (Coord.). **Regularização fundiária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 205.

sem contrapartidas) e o *sites and services* (que é o oferecimento simples de lotes urbanizados, a título oneroso ou gratuito)¹⁹⁸.

Nesse sentido, salutar que se elabore, ainda que se aprofundamento, comentários sobre os institutos jurídicos e políticos previstos pelo Estatuto da Cidade e que podem ser facilitadores da regularização fundiária.

O primeiro deles é a desapropriação, um dos instrumentos mais relevantes para a consecução da regularização fundiária, uma vez que possibilita a transferência do domínio e, por conseguinte, a intervenção direta do Poder Público em determinada propriedade de modo a adequá-la a um uso que atenda mais à necessidade de toda uma coletividade¹⁹⁹.

A desapropriação é a transferência compulsória da propriedade particular – também é possível a desapropriação de bens públicos, se implementada por uma entidade de grau superior – para o Poder Público, visando atender demandas de utilidade pública ou necessidades públicas, ou, ainda, para satisfazer a questões de interesse social, por meio de pagamento de justa e prévia indenização em dinheiro, salvo na hipótese da propriedade que não cumpre a sua função social, caso que o pagamento se dará por títulos da dívida pública²⁰⁰.

É o grau máximo de intervenção ordinária e concreta do Poder Público na propriedade, transferindo onerosa e compulsoriamente a titularidade de um bem para o domínio público, de forma permanente, imposta discricionariamente pela declaração de existência de um motivo de interesse público legalmente suficiente²⁰¹.

Não há dúvida que a desapropriação é um sacrifício de um direito imposto ao proprietário desapropriado e, teoricamente, é um procedimento através do qual o Poder Público despoja alguém, compulsoriamente, de uma propriedade, adquirindo-a pelo pagamento de uma indenização, com fundamento no interesse público²⁰².

Trata-se de instrumento destinado a assegurar o regramento constitucional destinado à tutela do meio ambiente artificial dentre as possibilidades de institutos jurídicos e políticos previstos no artigo 4º, V, alínea “a” do Estatuto da Cidade sendo,

¹⁹⁸ SOUZA, Marcelo Lopes de. **Mudar a cidade: uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbanas**. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015, p. 293.

¹⁹⁹ MUKAI, Sylvio Toshiro. **Regularização fundiária sustentável urbana e seus instrumentos**. 2007. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 42.

²⁰⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 178.

²⁰¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 512.

²⁰² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 831.

portanto, eficiente meio assecuratório do pleno desenvolvimento da função social das cidades²⁰³.

É correto dizer, ademais, que a desapropriação é um instrumento eficaz posto à disposição do Estado para a concretização de obras e serviços públicos necessários ao atendimento da população, para possibilitar a implantação e implementação de planos de urbanização, para a preservação do meio ambiente e para a realização da justiça social, condição imposta pela busca do Estado em propiciar uma vida digna aos seus cidadãos, fundamento do Estado Democrático de Direito, com a devida distribuição de bens inadequadamente utilizados por entes privados²⁰⁴.

Há, ainda, a desapropriação sanção, que é um fim lógico de um procedimento que visa impor ao proprietário que dê uso a sua propriedade. Na hipótese da desapropriação sanção, quando há ausência de função social da propriedade, o procedimento sofre algumas distinções, já que é indispensável que o imóvel objeto da expropriação deverá estar localizado em área suscetível desta modalidade no Plano Diretor, além disso, os proprietários, após notificados, não deram a devida utilização ao bem, com o transcurso do tempo de cinco da aplicação da cobrança do Imposto Territorial Urbano Progressivo (IPTU Progressivo)²⁰⁵.

Neste caso, a indenização corresponderá apenas ao valor real do imóvel, não considerando valorizações decorrentes de obras concretizadas pelo Poder Público, bem como não considerará qualquer expectativa de ganho, lucros cessantes e juros compensatórios, além de ser paga por meio de títulos da dívida pública, resgatáveis no prazo de dez anos, não podendo ser compensados com débitos tributários²⁰⁶.

Alguns autores definem a desapropriação prevista no Estatuto da Cidade como desapropriação urbanística sancionatória, prevista originalmente na Constituição Federal, em seu artigo 182, § 4º, III. Esta forma expropriatória é prevista para ser adotada ao proprietário do solo urbano que não atendeu à exigência de promover o aproveitamento adequado de sua propriedade urbana ao plano direito, penalizando-o²⁰⁷.

²⁰³ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Op. cit., 2002, p. 47.

²⁰⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., 2005, p. 178.

²⁰⁵ MUKAI, Sylvio Toshiro. Op. cit., 2007, p. 34.

²⁰⁶ Ibidem, p. 35.

²⁰⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 855.

Nesse sentido, a desapropriação urbanística não se limita a ser um instrumento de transmissão de propriedade ao Poder Público, mas um meio de se obter que a propriedade urbana atenda os fins do planejamento urbanístico²⁰⁸.

Outra questão relevante neste tema, é que, apesar da desapropriação ser instituto de direito público, existe uma expropriação prevista no Código Civil de 2002 (artigo 1228, §§ 4º e 5º²⁰⁹) e bastante inovador. É tratado por expropriação social e não pode ser confundido com nenhuma modalidade da usucapião, que é aquisição gratuita. Este instituto recebe essa denominação pelo caráter notoriamente coletivo de que se reveste e não se confunde com a desapropriação clássica por ser promovida por particulares, e não pelo Estado; ademais, é disciplinado pelo direito privado, ao passo que a desapropriação continua alojada sob a égide do direito público²¹⁰.

Por fim, ainda a respeito da desapropriação, há uma importante diferença entre a desapropriação sanção e a desapropriação por utilidade ou necessidades públicas que se refere ao pagamento da indenização. Nesta última, a indenização se dá da forma mais completa possível, ou seja, por benfeitorias, rendas do bem, danos emergentes e lucros cessantes, além de juros compensatórios contados da data da ocupação, juros moratórios, despesas judiciais e honorários²¹¹.

Após a incorporação do imóvel ao patrimônio público pela desapropriação, seu aproveitamento deverá obedecer às diretrizes gerais do Estatuto da Cidade, ou seja, não só terceiros, mas também o Poder Público se submeterá às obrigações básicas destinadas a ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade²¹².

A servidão administrativa, por sua vez, é um direito real que decorre da supremacia do interesse público sobre o privado e incide sobre propriedade alheia, restringindo seu uso em favor do interesse público, não alterando a propriedade ou posse do bem, como ocorre no instituto da desapropriação²¹³.

²⁰⁸ MUKAI, Sylvio Toshiro. Op. cit., 2007, p. 39.

²⁰⁹ § 4º - O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. § 5º - No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

²¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., 2015, p. 853.

²¹¹ MUKAI, Sylvio Toshiro. Op. cit., 2007, p. 35.

²¹² Ibidem, p. 49.

²¹³ MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 570.

É direito real público porque é instituído em favor do Estado para atender a fatores de interesse público, no que difere da servidão de direito privado, que tem como partícipes da relação jurídica pessoas da iniciativa privada, entretanto, o núcleo do instituto é o mesmo, tendo em vista que o artigo 1.378 do Código vigente exige dois requisitos: (a) que a servidão seja imposta sobre um prédio em favor de outro, pertencente a diversos dono; (b) que o dono do prédio sujeito à servidão se obriga a tolerar seu uso, para certo fim, pelo dono do prédio favorecido²¹⁴.

Se, de um lado, a servidão administrativa retira parcialmente do proprietário o exercício do uso e gozo sobre determinado bem imóvel, por outro, a desapropriação suprime totalmente este exercício pela transferência do bem ao patrimônio público ou do delegatário do serviço público. A primeira é ônus real de uso e pode ser gratuita nos casos em que o uso público não restrinja o uso privado economicamente útil, que lhe possa dar o proprietário do prédio serviente; a segunda é forma de perda do domínio e sempre onerosa²¹⁵.

Finalmente, a servidão administrativa é perpétua, assim como as servidões prediais privadas, somente se extinguindo o ônus pelo desinteresse do Estado, pela incorporação do bem ao domínio público ou pelo desaparecimento do bem gravado²¹⁶.

Existem, ainda, as limitações administrativas que, ao contrário da servidão administrativa que atinge imóvel certo e determinado, tem a característica da generalidade. A limitação administrativa se assemelha à servidão administrativa quanto à dispensa da indenização, já que também não transfere à propriedade ao Poder Público, apenas restringe o uso e gozo do bem.

As limitações administrativas são institutos de Direito Administrativo caracterizados por serem imposições públicas, universais, gratuitas, unilaterais, definidas em lei, que restringem o uso da propriedade fundiária, no interesse público da segurança, salubridade e estética das comunidades, com seu fundamento nos artigos 170, III, e 182, § 2.º, da Constituição Federal, que condicionam o exercício do direito de propriedade ao interesse geral²¹⁷.

Este instituto permite sua divisão em limitações positivas, negativas e permissivas. Como exemplo de obrigação positiva, pode-se citar aquela que impõe aos proprietários a

²¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., 2015, p. 818.

²¹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., 2014, p. 529.

²¹⁶ MAZZA, Alexandre. Op. cit., 2014, p. 571.

²¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., 2014, p. 666.

limpeza de terrenos ou a que impõe o parcelamento ou a edificação compulsória, enquanto a proibição de construir acima de determinado número de pavimentos, conhecida também como gabarito de prédios, seria uma obrigação negativa e, finalmente, haverá uma obrigação permissiva quando o proprietário deve tolerar certa ação administrativa²¹⁸.

A gratuidade das limitações administrativas, ao contrário das desapropriações, justifica-se pelo fato de ser um sacrifício limitatório é imposto a todos, na mesma medida e sem exceção, ademais, incide sobre relações jurídicas indeterminadas, embora determináveis, e os benefícios são gerais, alcançando e beneficiando a todos por igual²¹⁹.

A seu turno, há a previsão do tombamento como instrumento jurídico de política urbana, que pode recair sobre bens móveis ou imóveis, públicos ou privados, cuja conservação seja de interesse coletivo, além de ser a única forma de intervenção na propriedade autorreferente, tendo em vista que busca a conservação e preservação do próprio bem e não tutelar interesses públicos gerais, como nos outros instrumentos de intervenção na propriedade²²⁰.

O Estatuto da Cidade cuida do tombamento ambiental, instrumento destinado a preservação de imóveis ou mobiliário urbano com valoração cultural e tem como finalidade garantir a denominada reconversão dentro de um conjunto de intervenções arquitetônicas destinadas a atualizar e preservar o acervo construído, permitindo-lhe a utilização para novo fim, uma vez respeitadas as características fundamentais da construção e em respeito aos mais importantes valores imateriais de índole cultural das cidades²²¹.

Outra característica importante do tombamento é que não transmite a propriedade do bem tombado, que se mantém no domínio do proprietário, contudo, o proprietário não pode, em nome de interesses egoísticos, usar e fruir livremente seus bens se estes traduzem interesse público por atrelados a fatores de ordem histórica, artística, cultural, científica, turística e paisagística²²².

O Estado civilizado deve valorizar a cultura e, no tombamento, vale-se do domínio eminente para estender sua proteção aos bens móveis e imóveis que apresentem interesse histórico, arqueológico, paleontológico, ecológico, científico, folclórico, artístico, turístico

²¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., 2015, p. 833.

²¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 509.

²²⁰ MAZZA, Alexandre. Op. cit., 2014, p. 572.

²²¹ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Op. cit., 2002, p. 38.

²²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., 2015, p. 837.

ou paisagístico, sobre eles instituindo este regime especial do tombamento para disciplinar a utilização, a conservação e a disposição desses bens²²³.

Ainda sobre o tombamento, parece não restar dúvida que tem fundamento na adequação da propriedade à sua função social estampada pela necessidade de proteção ao patrimônio cultural, histórico, artístico etc., prestigiando o aspecto histórico de um país e que representa a fonte sociológica de identificação dos vários fenômenos sociais, políticos e econômicos existentes na atualidade²²⁴.

O Estatuto da Cidade prevê, outrossim, como instrumento de política urbana a instituição das unidades de conservação que constituem espaço territorial e seus componentes, incluindo os recursos hídricos, com características naturais relevantes, legalmente disciplinados por órgão competente, com objetivos de conservação e limites definidos sob regime legal ao qual se aplicam garantias de proteção adaptadas às diretrizes gerais dos objetivos da política urbana²²⁵.

Unidades de conservação, subdivididas em unidades de proteção integral e unidades de uso sustentável, são espaços territoriais com características naturais relevantes com a função de assegurar a representatividade de amostras significativas e ecologicamente viáveis das diferentes populações, habitats e ecossistemas, preservando o patrimônio biológico²²⁶.

No intuito de dar efetividade as diretrizes da Política Urbana, Estatuto da Cidade previu, na alínea “f” do seu artigo 4º, a possibilidade de instituição de Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS). Estas Zonas Especiais de Interesse Social, instituídas por lei municipal, são uma categoria específica de zoneamento da cidade, em que se permitirá a aplicação daquelas normas especiais previstas na diretriz da Política Urbana de uso e ocupação do solo, bem como de edificação, para os fins específicos de regularização fundiária de áreas urbanas, que contenham assentamentos de população de baixa renda, que se encontrem em desconformidade com as normas urbanísticas²²⁷.

Por essência, os assentamentos irregulares não seguem as normas urbanísticas e impor a estrita observância de índices de aproveitamento, largura de vias públicas, frente mínima de lotes, percentual de áreas públicas, afastamentos, áreas *non aedificandi*, aos

²²³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., 2014, p. 512.

²²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., 2015, p. 838.

²²⁵ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Op. cit., 2002, p. 39.

²²⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Unidades de conservação**: o que são. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/areas-protetidas/unidades-de-conservacao/o-que-sao>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

²²⁷ MUKAI, Sylvio Toshiro. Op. cit., 2007, p. 72.

assentamentos irregulares seria negar a regularização fundiária e não permitir a devida garantia do direito à moradia em nome de uma igualdade de condições, que não existe efetivamente entre a população de baixa renda dos assentamentos irregulares e outras faixas da população em geral²²⁸.

Destarte, a instituição de Zonas Especiais de Interesse Social possibilita o devido registro do assentamento na serventia imobiliária, com a utilização própria dos institutos que permitem a segurança jurídica dos assentados, por meio da titulação da área em favor da população em questão, quais sejam: a usucapião especial de imóvel urbano, em suas duas modalidades; a concessão de direito real de uso, em suas duas modalidades; a concessão especial para fins de moradia, em suas modalidades²²⁹.

A concessão de direito real de uso é espécie contratual de transferência de utilização de um domínio público fundiário a um particular, em caráter extraordinário e exclusivo, geradora de um direito real resolúvel e transferível, para que dele se utilize especificamente para fins de urbanização, industrialização, edificação, cultivo ou outra finalidade de interesse social, a título gratuito ou oneroso, e nem sempre precedido de licitação²³⁰.

A concessão de direito real de uso não constava originalmente da relação dos direitos reais prevista no Código Civil, mas atualmente está relacionado no art. 1.225, inciso XII, do mesmo Código, com a alteração introduzida pela Lei nº 11.481, de 31.5.2007²³¹.

A característica que melhor assegura a vinculação do bem ao fim público é a resolubilidade, tanto àquele estabelecido no contrato, levando-o a uma rescisão em caso de tredestinação, como àquele em que venha a ser eventual e posteriormente reatribuído pela Administração, o que, neste caso, também o levaria a um desfazimento por interesse público superveniente, garantida, porém, a plena indenização do concessionário, tanto das acessões e benfeitorias realizadas, quanto do que deixaria de lucrar nos termos do que foi contratado²³².

Sem dúvida, um fator bastante positivo na concessão de direito real de uso é que salvaguarda o patrimônio da Administração e evita a alienação de bens públicos, autorizada às vezes sem qualquer vantagem para ela, além disso, o concessionário não fica

²²⁸ MUKAI, Sylvio Toshiro. Op. cit., 2007, p. 73.

²²⁹ MUKAI, Sylvio Toshiro. Op. cit., 2007, p. 73.

²³⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., 2014, p. 483.

²³¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., 2015, p. 1222.

²³² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., 2014, p. 483.

livre para dar ao uso a destinação que lhe convier, ao contrário, fica obrigado a destiná-lo ao fim estabelecido em lei, o que mantém resguardado o interesse público que originou a concessão real de uso²³³.

Outro instituto jurídico previsto no Estatuto da Cidade é a concessão de uso especial para fins de moradia.

O legislador planejou o instituto como instrumento fundamental para regularização fundiária, especialmente nas grandes cidades brasileiras, já que a maior parte das áreas invadidas tem natureza pública e a segurança jurídica da posse é necessária para garantir que seus ocupantes tenham um grau de segurança para garantir a proteção legal contra despejos forçados, perseguição e outras ameaças²³⁴.

A concessão de uso especial para fins de moradia tem pressupostos bem semelhantes aos da usucapião especial urbano – posse por cinco anos até 30 de junho de 2001; posse ininterrupta e pacífica (sem oposição); imóvel urbano público de até 250 m²; uso do terreno para fins de moradia do possuidor ou de sua família; e não ter o possuidor a propriedade de outro imóvel urbano ou rural –, mas se distinguem em dois pontos: nesta o objeto é imóvel privado, ao passo que naquela é imóvel público (federal, estadual, distrital ou municipal), desde que regular a ocupação; na concessão só se conferiu o direito ao possuidor se os pressupostos foram atendidos até 30 de junho de 2001, ao passo que na usucapião não foi previsto termo final para a aquisição do direito²³⁵.

A natureza jurídica da concessão de uso especial para fins de moradia é a de ato administrativo vinculado e para evitar o desvio de finalidade do instituto, o direito à concessão de uso especial para fins de moradia só será reconhecido uma vez ao mesmo possuidor, ademais, a concessão será gratuita e poderá ser outorgada ao homem ou à mulher, ou a ambos, sendo irrelevante o estado civil dos interessados²³⁶.

Deve-se destacar, finalmente, que o legislador fixou uma data limite para o exercício deste direito, qual seja, 30 de junho de 2001, buscando evitar que os imóveis públicos ficassem sujeitos ao esbulho possessório por parte de particulares, o que pode confirmar que o instituto foi criado com o intuito de solucionar um grave problema, mas

²³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., 2015, p. 1223.

²³⁴ MUKAI, Sylvio Toshiro. Op. cit., 2007, p. 54.

²³⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., 2015, p. 1224.

²³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., 2015, p. 1226.

não de forma definitiva, permanente, o que, certamente, transformaria todo o regime jurídico dos bens públicos²³⁷.

O parcelamento, edificação ou utilização compulsórios são um tipo de controle fixado pelo Estatuto da Cidade em face de imóveis que não cumprem sua função, em decorrência de não edificação, subutilização definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente, não utilizado, o que gera o dever ao proprietário em parcelar, edificar ou usar o imóvel urbano²³⁸.

Sem dúvida, esse instrumento é uma sanção *sui generis* que recai sobre o proprietário em caso de renitente e aberto descumprimento do princípio constitucional da função social da propriedade urbana, ademais, tem aplicação discricionária e depende de duplo assento infraconstitucional: o Estatuto da Cidade e no plano diretor²³⁹ de cada cidade²⁴⁰.

Atualmente, entende-se que a liberdade privada reside na opção entre ser ou não proprietário de um imóvel urbano, já que, em relação utilização do imóvel urbano, estará submetida à política urbanística para cada cidade, para cada zona e até para cada rua, considerados os múltiplos fatores de interesse público a serem definidos nas leis de diretrizes urbanas²⁴¹.

Enfim, a propriedade urbana não deixa de ser reconhecida, mas perde seu caráter de direito absoluto e passa a atender sua função social, sendo vedada a prática de se utilizar a propriedade com fins de especulação imobiliária e os instrumentos previstos no Estatuto da Cidade têm como objetivo inequívoco contribuir para a erradicação da marginalização, redução das desigualdades sociais, promovendo o bem de todos²⁴².

É certo que um dos mais importantes instrumentos de política urbana previstos no Estatuto da Cidade é a usucapião especial de imóvel urbano individual²⁴³, também

²³⁷ MUKAI, Sylvio Toshiro. Op. cit., 2007, p. 57.

²³⁸ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Op. cit., 2002, p. 41.

²³⁹ O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana (artigo 182, § 1º da Constituição Federal).

²⁴⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., 2014, p. 632.

²⁴¹ Idem.

²⁴² FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Op. cit., 2002, p. 42.

²⁴³ Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º - O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º - O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. § 3º - Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

conhecida como usucapião constitucional urbana ou usucapião *pro misero*, encontra-se positivada no artigo 183 da Constituição Federal²⁴⁴, no artigo 1.240 do Código Civil²⁴⁵ e nos artigos 9º e 10º do Estatuto da Cidade²⁴⁶.

Esse instrumento visa transformar os bairros espontâneos em realidade jurídica que passa a integrar a cidade em face de sua natureza jurídica ambiental, devendo, por óbvio, obedecer às cláusulas material e processual do devido processo legal que norteia o ordenamento instrumental constitucional como um todo e se estruturar segundo seus elementos, quais sejam, legitimidade (ativa e passiva), causa de pedir e pedido²⁴⁷.

É uma usucapião de cunho social, por pretender conceder moradia mais facilmente às pessoas menos afortunadas, tanto que há exigência de que o possuidor não seja proprietário de outro imóvel, urbano ou rural, nem que já tenha sido contemplado anteriormente por este instrumento, em outras palavras, esta usucapião somente poderá ser exercida uma única vez²⁴⁸.

Pode-se dizer que o sentido da palavra propriedade urbana foi redefinido pela usucapião especial urbana, uma vez que surgiu como instrumento para, além da aquisição do domínio, regularizar situações atinentes à moradia; ainda, concretiza a função social da propriedade, pois a utilidade da moradia representa distribuição de riqueza e estabilidade material, promovendo a paz social e a ordem pública²⁴⁹.

Ao lado da usucapião especial urbana individual, há a usucapião especial urbana coletiva, prevista no artigo 10 do Estatuto da Cidade²⁵⁰, também chamada de usucapião

²⁴⁴ Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. § 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

²⁴⁵ Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º - O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

²⁴⁶ BRANDELLI, Leonardo. **Usucapião administrativa**: de acordo com o novo Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 46.

²⁴⁷ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Op. cit., 2002, p. 52.

²⁴⁸ BRANDELLI, Leonardo. Op. cit., 2016, p. 47.

²⁴⁹ CORDEIRO, Carlos José. **Usucapião especial urbano coletivo**: abordagem sobre o Estatuto da Cidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 112.

²⁵⁰ As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural. § 1º - O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam

ambiental metaindividual²⁵¹, na qual o produto é a formação de um condomínio, em que cada usucapiente receberá uma fração ideal de terreno de igual tamanho, salvo na hipótese do artigo 10, § 3º do Estatuto da Cidade, sendo aplicadas as disposições da usucapião individual se for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor²⁵².

O direito de superfície é direito real sobre coisa alheia através do qual o proprietário pode conceder a terceiro, chamado de superficiário, o direito de construir ou de plantar em seu imóvel, com previsão legal tanto no Código Civil (artigo 1369 e seguintes) quanto no Estatuto da Cidade (artigo 21 e seguintes).

Alguns autores defendem que o direito real de superfície é instituto sucedâneo da enfiteuse, que foi extinta no Código Civil de 2002, com distinções, mas com o mesmo núcleo, qual seja, o desmembramento da propriedade, instituindo um direito real em favor de um terceiro²⁵³.

Ainda a respeito desse mecanismo, há quem sugira que as áreas onde se pode exercer o direito de superfície sejam usadas para a construção de moradias para as pessoas que habitam em assentamentos irregulares cuja regularização não é possível por questões ambientais, e também para a construção de casas populares, diminuindo a pressão pela ampliação dos assentamentos irregulares²⁵⁴.

O direito de preempção é aquele que permite ao Poder Público municipal ter preferência na aquisição de imóvel urbano que esteja sendo negociado entre particulares, de forma onerosa, desde que o imóvel esteja situado em áreas delimitadas em lei municipal, baseada no plano diretor da cidade, com as finalidades de regularização fundiária, constituição de reserva fundiária, ordenamento e direcionamento da expansão urbana, implantação de equipamentos urbanos e comunitários, criação de espaços públicos, dentre outros, conforme previsão dos artigos 25 e 26 do Estatuto da Cidade.

contínuas. § 2º - A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis. § 3º - Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas. § 4º - O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio. § 5º - As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes.

²⁵¹ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Op. cit., 2002, p. 52.

²⁵² BRANDELLI, Leonardo. Op. cit., 2016, p. 49.

²⁵³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., 2015, p. 893.

²⁵⁴ MUKAI, Sylvio Toshiro. Op. cit., 2007, p. 108.

O direito de preempção, destarte, possibilita o Poder Público municipal a adquirir imóveis urbanos, sem que para tanto este necessite desapropriar o imóvel, exercendo, apenas, um direito de preferência quando da alienação onerosa do mesmo entre particulares, ademais, pode ser utilizada para aquisição de áreas destinadas à construção de moradias populares, uma forma complementar de assegurar aos moradores de assentamentos irregulares uma moradia digna, principalmente nos casos em que a pretendida regularização fundiária urbana sustentável não puder ser realizada no local original do assentamento em questão²⁵⁵.

Assim, o direito de preempção vincula-se ao meio ambiente artificial para que os fins de ordenamento do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade bem como da propriedade urbana, podendo, ainda, auxiliar no gerenciamento dentro de visão própria em que o Município assume a condição de garantir cidades sustentáveis, sempre que o Poder Público necessitar de áreas para atender as diretrizes gerais do Estatuto da Cidade²⁵⁶.

O plano diretor e a legislação urbanística fixam limites para o aproveitamento do solo e a natureza das construções no solo, mas que podem ser alterados pelo instituto da outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso. Em outras palavras, o direito de construir pode ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento (relação entre a área edificável e a área do terreno) básico adotado ou alterado o uso do solo, desde que o beneficiário preste ao Poder Público as contrapartidas devidas.

É considerado um mecanismo importante no qual a ordem econômica capitalista financia o ordenamento adequado da cidade em proveito da dignidade humana, mesmo porque, os recursos capitados pela outorga onerosa do direito de construir devem ser aplicados em finalidades previstas no Estatuto da Cidade, quais sejam, regularização fundiária, execução de programas e projetos habitacionais de interesse social, constituição de reserva fundiária, ordenamento e direcionamento da expansão urbana, implantação de equipamentos urbanos e comunitários, criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes, criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental, proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico²⁵⁷.

Há quem trata a outorga onerosa do direito de construir como o embasamento legal do chamado “solo criado” em que toda e qualquer edificação realizada acima de um determinado coeficiente único só poderia ser realizada no caso do seu proprietário adquirir,

²⁵⁵ MUKAI, Sylvio Toshiro. Op. cit., 2007, p. 108.

²⁵⁶ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Op. cit., 2002, p. 64.

²⁵⁷ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Op. cit., 2002, p. 68.

do Poder Público, o direito de realizar tal construção, não importando o fato de envolver ocupação do espaço aéreo ou do subsolo de uma propriedade²⁵⁸.

Não menos relevante é o instrumento da transferência do direito de construir. Por ele, o direito de construir em imóvel urbano, público ou privado, poderá ser exercido em outro local ou alienado, através de escritura pública autorizada por lei municipal baseada no plano diretor, desde que o imóvel seja necessário para implantação de equipamentos urbanos e comunitários, preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural, servir a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social.

Diz o Estatuto da Cidade, em seu artigo 32, § 1º, que as operações consorciadas são o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental.

Algumas medidas que podem ser implementadas pelas operações urbanas consorciadas são a modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, bem como alterações das normas edilícias, considerado o impacto ambiental delas decorrente, a regularização de construções, reformas ou ampliações executadas em desacordo com a legislação vigente, a concessão de incentivos a operações urbanas que utilizam tecnologias visando a redução de impactos ambientais, e que comprovem a utilização, nas construções e uso de edificações urbanas, de tecnologias que reduzam os impactos ambientais e economizem recursos naturais, especificadas as modalidades de design e de obras a serem contempladas.

Em outras palavras, as operações consorciadas são a concretização da diretriz geral de cooperação entre os governos federal, estadual e municipal, a iniciativa privada e outros setores da sociedade na urbanização, em prestígio ao interesse social; ademais, pode ser útil na transformação de áreas determinadas na zona urbana de forma a melhor atender o interesse público, o que claramente o vincula à regularização fundiária urbana de assentamentos informais²⁵⁹.

²⁵⁸ MUKAI, Sylvio Toshiro. Op. cit., 2007, p. 110.

²⁵⁹ MUKAI, Sylvio Toshiro. Op. cit., 2007, p. 112.

Além disso, as operações urbanas consorciadas podem atingir transformações urbanísticas estruturais, valorização ambiental e melhorias sociais, desenvolvendo a justa distribuição dos benefícios e ônus que são consequência do processo de urbanização com o planejamento do desenvolvimento das cidades, evitando e corrigindo distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente²⁶⁰.

A Lei nº 11.977/2009, em seu artigo 46, define a regularização fundiária como o conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

As vantagens de se regularizar são inúmeras, isto porque, a informalidade das submoradias compromete a dignidade das pessoas, pois não têm como fruir do seu direito à cidade e, assim, não são efetivamente cidadãs, ou seja, morar de forma irregular é o mesmo que navegar em permanente insegurança, e, ainda, os assentamentos regularizados passam a integrar os cadastros municipais, o que repercute na gestão racional dos territórios²⁶¹.

Nesse contexto, a regularização fundiária é uma alternativa, dentre outras, tais como a construção de novas moradias, a reforma de prédios antigos, a reurbanização de favelas e uma política de estímulo de retorno dos migrantes à terra natal²⁶².

Não existe definição semelhante no Estatuto da Cidade, mas trata a regularização fundiária como diretriz geral da política urbana (artigo 2º, XIV) e instrumento jurídico da política urbana (artigo 4º, V, “q”). No contexto da regularização fundiária, é muito relevante a busca pela segurança jurídica da posse, pois não existe moradia adequada sem uma mínima proteção pelo Direito daquela situação de fato.

Importante expor desde já, que a regularização fundiária não pode ser confundida com a ideia de remoção, já que não pretende remover pessoas, mas aceitar o que essa sociedade produziu fora dos ditames legais e, no caso da regularização urbanística-ambiental, pretende incorporar esses espaços ao ambiente urbano “oficial”, adequando-os minimamente a uma situação de acesso à infraestrutura básica e de erradicação de riscos²⁶³.

²⁶⁰ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Op. cit., 2002, p. 70.

²⁶¹ NALINI, José Renato. Perspectivas da regularização fundiária. In: LEVY, Wilson; NALINI, José Renato (Coord.). **Regularização fundiária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 6.

²⁶² Ibidem, p. 3.

²⁶³ SPINAZZOLA, Patrícia Cezário Silva. **Impactos da regularização fundiária no espaço urbano**. 2008. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 15.

A regularização fundiária busca o saneamento da situação irregular e divide-se em (i) urbanística, quando procurar a correção da situação física existente em relação às vias de circulação, infraestrutura, etc., caso em que exige investimentos do Poder Público; (ii) administrativa, quando visa regularizar a situação do parcelamento perante órgãos públicos; (iii) civil, quando pretender regularizar a situação registraria e do direito real de aquisição ou do domínio dos adquirentes)²⁶⁴.

É certo, contudo, que a regularização fundiária abrange não só o saneamento das deficiências de titulação, mas também a correção das diversas informalidades decorrentes de violação das normas cogentes referentes ao uso, ocupação e parcelamento do solo, ou à edificação e reformas do prédio²⁶⁵.

A irregularidade fundiária pode ser dominial ou urbanística e ambiental. No primeiro caso, o possuidor ocupa imóvel (público ou privado) que não lhe pertence, enquanto que, na segunda hipótese, a irregularidade é quanto a legislação urbanística e ambiental já que o parcelamento do solo não foi devidamente licenciado²⁶⁶.

É indiscutível, por outro lado, que o acesso à Justiça e à ordem jurídica justa exigem a ampliação da assistência aos mais pobres, daí que o Estatuto da Cidade prevê a assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos, também com fundamento na Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXXIV, segundo o qual, “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Na hipótese da regularização fundiária, é ainda mais nítida a necessidade da assistência jurídica para que os moradores de assentamentos irregulares possam utilizar os vários instrumentos destinados à necessária segurança jurídica na posse das áreas que compõem o assentamento a ser regularizado²⁶⁷.

Não há dúvida, inclusive, que a assistência aos grupos menos favorecidos inclui, por óbvio, as despesas extrajudiciais na seara da regularização fundiária, ou seja, para viabilizar o cumprimento de decisão do Poder Judiciário e garantir a prestação jurisdicional plena, a gratuidade de justiça concedida em processo judicial deve ser estendida, para

²⁶⁴ CASTANHEIRO, Ivan Carneiro. Regularização fundiária urbana: fundamentos, aspectos práticos e propostas. In: LEVY, Wilson; NALINI, José Renato (Coord.). **Regularização fundiária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 109.

²⁶⁵ AMADEI, Vicente de Abreu. Concessão de uso especial para fins de moradia e concessão de direito real de uso. In: LEVY, Wilson; NALINI, José Renato (Coord.). Op. cit., 2014.

²⁶⁶ NALINI, José Renato. Perspectivas da regularização fundiária. In: LEVY, Wilson; NALINI, José Renato (Coord.). Op. cit., 2014, p. 6.

²⁶⁷ MUKAI, Sylvio Toshiro. Op. cit., 2007, p. 128.

efeito de atos extrajudiciais de notários e de registradores respectivos, indispensáveis à materialização do julgado; garantindo, assim, ao cidadão a possibilidade de requerer aos poderes públicos, além do reconhecimento, a indispensável efetividade dos seus direitos, cabendo ressaltar que a abstrata declaração judicial do direito nada valerá sem a viabilidade da sua execução, do seu cumprimento, até porque, a execução do julgado, inegavelmente, constitui apenas uma fase do processo judicial, nela permanecendo intacta a gratuidade de justiça e abrangendo todos os serviços públicos pertinentes à consumação do direito judicialmente declarado²⁶⁸.

Enfim, da cláusula constitucional vertida no art. 5º, LXXVII, retira-se a validade de determinação administrativa ou legal de extensão de gratuidade a atos registrares e notariais que sejam consequência do próprio provimento judicial àqueles que tiveram reconhecido o direito à assistência judiciária gratuita, pois se trata, destarte, de garantir não só a efetividade do provimento judicial como também o exercício efetivo do acesso à Justiça e à ordem jurídica justa²⁶⁹.

Afinal, o novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015 – reforça a necessária assistência aos menos favorecidos, especialmente porque prevê que a gratuidade da justiça compreende os emolumentos devidos às serventias extrajudiciais, que tenham como fato gerador a prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido²⁷⁰.

O referendo popular e o plebiscito são instrumentos políticos previstos no Estatuto da Cidade, mas com pouca repercussão prática. A diferença entre os institutos concentra-se no momento de sua realização, pois o último configura consulta realizada aos cidadãos sobre matéria a ser posteriormente discutida no âmbito do Congresso Nacional, enquanto o primeiro é uma consulta posterior sobre determinado ato ou decisão governamental, seja para atribuir-lhe eficácia que ainda não foi reconhecida (condição suspensiva), seja para retirar a eficácia que lhe foi provisoriamente conferida (condição resolutivo)²⁷¹.

²⁶⁸ Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, AgRg no RMS nº 24.557/MT, relator Ministro Castro Meira, DJe de 15.2.2013.

²⁶⁹ Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, RMS nº 29.429/RS, relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe de 12.11.2010.

²⁷⁰ Código de Processo Civil, artigo 98, § 1º, IX.

²⁷¹ BASTOS, Celso; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., 2009, p. 800.

O Estatuto da Cidade, ao prestigiar a participação da população na formulação e execução de planos, programas e projetos urbanísticos, adota diretriz há muito tempo comum em países europeus, já que não se pode mais supor que com os votos recebidos o adquire, de forma automática, a capacidade de conhecer o que a população aspira nesta ou naquela questão, ainda mais que é muito comum existir dissonância entre políticas e decisões do governante e vontade da população²⁷².

Ainda sobre o tema, existe a previsão da regularização fundiária pela demarcação urbanística. No direito urbanístico, demarcar é identificar, em áreas passíveis de regularização fundiária de interesse social, além dos limites físicos tais como a gleba ou a área, os confrontantes e o tempo de posse dos moradores da área demarcada; sendo instrumento que informa aos legitimados as ações necessárias para a promoção da regularização fundiária, inclusive com as informações acerca das condições de habitabilidade das moradias e condições dos equipamentos públicos e serviços locais²⁷³.

A demarcação urbanística é um instrumento capaz de legitimar a posse dos ocupantes de assentamentos informais que tenham baixa renda ou, em outras palavras, propiciar o elemento da segurança jurídica ao possuidor de boa-fé²⁷⁴.

O auto de demarcação urbanística é encaminhado ao registro de imóveis e, partir daí, o oficial deve fazer as buscas necessárias nos livros da serventia para identificar o proprietário da área objeto da regularização fundiária, eventuais matrículas ou transcrições.

O registrador imobiliário, logo após, deve notificar o proprietário e os confrontantes da área demarcada para, querendo, apresentarem impugnação à averbação da demarcação urbanística, no prazo de 15 (quinze) dias.

Na hipótese de não localização do proprietário, confrontantes e eventuais interessados nos endereços constantes na serventia imobiliária ou naqueles fornecidos pelo poder público, este deverá providenciar a notificação por edital, que deverá conter os requisitos do § 3º, artigo 57, da Lei nº 11.977/09.

A demarcação urbanística será averbada nas matrículas indicadas pela planta e memorial descritivo, se, decorrido o prazo sem impugnação; por outro lado, havendo impugnação, o poder público será notificado para se manifestar no prazo de 60 (sessenta) dias, hipótese que o poder público poderá propor a alteração do auto de demarcação

²⁷² MEDAUAR, Odete. Diretrizes gerais. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes; MEDAUAR, Odete (Coord.). Op. cit., 2004, p. 28.

²⁷³ GALMACCI, Thanyelle. Op. cit., 2012, p. 62.

²⁷⁴ MUKAI, Sylvio Toshiro. Op. cit., 2007, p. 98.

urbanística ou adotar qualquer outra medida que possa afastar a oposição do proprietário ou dos confrontantes à regularização da área ocupada.

Caso a impugnação trate apenas de parcela da área objeto do auto de demarcação urbanística, o procedimento seguirá em relação à parcela não impugnada, mas o oficial de registro de imóveis deverá promover tentativa de acordo entre o impugnante e o poder público. Finalmente, a demarcação urbanística será encerrada em relação à área impugnada, não havendo acordo.

Com a averbação do auto de demarcação urbanística, o poder público deverá elaborar o projeto de regularização fundiária e submeter o parcelamento dele decorrente a registro.

Como se vê, através da demarcação urbanística identificam-se todos os elementos necessários à regularização fundiária de certa área, indicando, inclusive, a situação de domínio vivenciada dentro da desordenada estrutura fundiária e imobiliária das áreas ocupadas, através da elaboração de mapas e memoriais²⁷⁵.

Por fim, a demarcação urbanística não altera a propriedade do imóvel objeto da regularização fundiária e, no âmbito da regularização fundiária de interesse social, demarca imóvel de domínio público ou privado, definindo seus limites, área, localização e confrontantes, identificando seus ocupantes e qualificando a natureza e o tempo de posse, sendo uma etapa precedente a legitimação da posse e a usucapião.

O último instrumento de regularização fundiária é a legitimação de posse. Os ocupantes cadastrados, após a averbação do auto de demarcação urbanística, receberão um título do poder público, a legitimação de posse, que será concedido em nome da mulher, preferencialmente, e registrado no ofício imobiliário. Mas a legitimação de posse não é um fim em si mesmo, já que não transmite a propriedade, e, por ser um instituto provisório, após cinco anos de seu registro, o detentor do título de legitimação de posse poderá requerer a sua conversão em propriedade, pela usucapião, que será deferida pelo oficial imobiliário, autorizado pelo artigo 183 da Constituição Federal.

²⁷⁵ GALMACCI, Thanyelle. Op. cit., 2012, p. 62.

4.2 Usucapião em sentido amplo

Inicialmente, a palavra usucapião, em latim – *usucapio* – é palavra do gênero feminino, todavia a linguagem usual no foro passou a empregar a palavra no masculino, mas pode-se dizer que a usucapião é a forma erudita e o usucapião, a forma usual na linguagem moderna portuguesa, não se devendo considerar a adoção de qualquer das formas como errônea²⁷⁶.

A evolução da prescrição no direito romano não acusa uma linha nítida e segura; Justiniano, unificando a aquisitiva e a extintiva, não concorreu para aclará-la, e o direito canônico, espiritualizando-a pela preponderância do elemento ético da boa-fé, tão pouco; acrescente-se, ainda, a falta de método, de ordem, de sistematização das ordenações, e logo se vê que o instituto se deveria apresentar cercado de obscuridade²⁷⁷.

Em termos históricos, a usucapião está regulada desde a Lei das XII Tábuas, tendo sido restringido o seu campo de aplicação por sucessivas leis. A Lei Atínia proibiu a usucapião sobre coisas furtivas para o ladrão e para o receptador, enquanto as Leis Júlia e Plúcia vedavam a usucapião para as coisas obtidas mediante a violência. No início, somente o cidadão romano podia invocar a usucapião, sendo estendido posteriormente o instituto ao peregrino²⁷⁸.

Apesar da origem da usucapião ser discutível – para uns, Grécia, onde Platão teria feito referências, em A República; para outros, Roma, remontando às Leis das XII Tábuas – o certo é que todas as definições do instituto são nascidas no direito romano, mesmo que lá não tenha sido construído um sistema ou teoria a respeito, já que os italianos eram muito práticos²⁷⁹.

A usucapião justifica-se pelo sentido social e axiológico das coisas, premiando aquele que se utilizou do bem de forma útil, em prejuízo de quem deixa escoar o tempo, sem dele utilizar-se ou que não se insurja que o outro o faça, como se dono fosse, ou seja, não seria justo suprimir o uso e gozo de bem (móvel ou imóvel) de quem dele cuidou, produziu ou residiu por longo espaço de tempo, sem oposição²⁸⁰.

²⁷⁶ GOMES, Orlando. Op. cit., 1999, p. 162.

²⁷⁷ PEREIRA, Virgílio de Sá. Op. cit., 2007, p. 266.

²⁷⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das coisas**. 37. ed. Atualizado por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 120.

²⁷⁹ BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. **Usucapião constitucional urbano e rural: função social da propriedade**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 19.

²⁸⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 183.

A usucapião é modo de adquirir a propriedade das coisas móveis e imóveis, por sua posse continuada, com *animus domini*, observando-se os requisitos que a lei estabelece para este fim e, sem a prescrição, a propriedade seria provisória e reinaria uma incerteza permanente e universal, gerando uma perturbação geral²⁸¹.

A usucapião tem um caráter eminentemente social e pode ser tratada como um tipo de expropriação sem contrapartida exercida pelo indivíduo, e não pelo Estado, em favor da utilidade pública, desde que à inércia de um, que não quis ou pode dar a devida destinação econômica, corresponda a atividade de outro²⁸².

A razão final da usucapião é acabar com as incertezas da propriedade, evitando conflitos, divergências e dúvidas, saneando os vícios e defeitos pela ação do tempo, conferindo segurança aos direitos²⁸³.

É inegável a utilidade da usucapião que decisivamente contribui para a consolidação da propriedade, sendo poderoso estímulo para a paz social²⁸⁴.

O fundamento da usucapião é a estabilidade, a segurança da propriedade; com a usucapião, as dúvidas serão sanadas e a situação de fato se transformará em situação de direito, após o tempo exigido em lei, enfim, o bem comum fundamenta a usucapião, sacrificando o bem de determinados indivíduos para assegurar o bem da coletividade²⁸⁵.

Enfim, se há quase um século, quando ainda predominava o transporte ferroviário e as comunicações se davam por telégrafos ou telefones rudimentares, em comparação com facilidade de comunicação das redes sociais de hoje, já se entendia como inaceitável a alegação de desconhecimento da perda da posse por esbulho; nos tempos atuais é ainda mais surreal que se proteja o ócio, o desprezo pela produtividade, a inércia ou a incompetência para reivindicar a propriedade²⁸⁶.

Os registros públicos atestam um grau superior de cultura, afirmada numa consolidação mais rígida da ordem jurídica que assim, de um lado, se esteira na certeza da pessoa, sem a qual o direito seria uma perpétua charada, e de outro lado, na certeza do domínio, sem a qual a propriedade seria uma constante aventura, até porque, propriedade

²⁸¹ BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. Op. cit., 1998, p. 25.

²⁸² PEREIRA, Virgílio de Sá. Op. cit., 2007, p. 267.

²⁸³ GOMES, Orlando. Op. cit., 1999, p. 164.

²⁸⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., 2003, p. 122

²⁸⁵ BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. Op. cit., 1998, p. 28.

²⁸⁶ PEREIRA, Virgílio de Sá. Op. cit., 2007, p. 267.

cadastrada quer dizer propriedade individuada, de limites definidos, aquela que tem sua árvore genealógica levantada²⁸⁷.

É questão obscura e até agora não solucionada pela doutrina se a usucapião é modo originário ou derivado de adquirir a propriedade, sendo certo que há uma forte tendência para conceituá-la como modo originário, já que a relação jurídica de que é titular o usucapiente surge como direito novo, independentemente da existência de qualquer vinculação com o antigo proprietário que, caso exista, não será o transmitente da coisa²⁸⁸.

Se a propriedade é adquirida por modo originário, não há vínculo entre a propriedade atual e a anterior, incorporando-se o bem ao patrimônio do novo titular em toda a sua plenitude, livre de todos os vícios que a relação jurídica pregressa apresentava; contudo, se adquirida a propriedade por modo derivado, isto é, pelo registro no ofício imobiliário do título representativo de negócio jurídico ou sucessão, transfere-se a coisa com os mesmos atributos e restrições (ônus reais e gravames) que possuía no patrimônio do transmitente²⁸⁹.

Nesse sentido, é razoável incluir a usucapião entre os modos originários de aquisição da propriedade, já que acarreta a extinção do direito de propriedade do antigo titular sem estabelecer qualquer vínculo entre ele e o possuidor que o adquire, contudo, há quem considere a usucapião modo derivado, sob o fundamento de que não nasceu direito novo, mas substituição dos direitos do antigo titular²⁹⁰.

Ademais, o direito do usucapiente não se funda sobre o direito do titular precedente, não constituindo este direito o pressuposto daquele, ou seja, não há relação pessoal entre um precedente e um subsequente sujeito de direito, demonstrando que a usucapião é modo originário de aquisição da propriedade²⁹¹.

O título, sendo originário, não importará em necessidade de pagamento de imposto de transmissão e não transmite ao usucapiente direitos reais limitados e eventuais defeitos que gravam ou viciam a propriedade²⁹².

Necessário, igualmente, expor que a usucapião pode ser arguida em defesa²⁹³. Há, nesta perspectiva, autorização expressa do artigo 1.241²⁹⁴ do Código Civil e da Lei nº

²⁸⁷ Ibidem, p. 135.

²⁸⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., 2003, p. 121.

²⁸⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: reais**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 336.

²⁹⁰ GOMES, Orlando. Op. cit., 1999, p. 163.

²⁹¹ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Do direito das coisas. In: PELUSO, Cezar (Coord.). **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. Barueri: Manole, 2014, p. 1128.

²⁹² BRANDELLI, Leonardo. Op. cit., 2016, p. 105.

6.969/81, que dispõe sobre a aquisição pela usucapião especial de imóveis rurais, no artigo 7º²⁹⁵.

A controvérsia reside se esta sentença é ou não título hábil para registro na serventia imobiliária.

Para alguns, é possível o réu registrar na serventia imobiliária a sentença que julgou improcedente o pedido do autor contra o possuidor *ad usucapionem*. É o caso do Enunciado 315 do Conselho de Justiça Federal, segundo o qual, o artigo 1.241 do Código Civil autoriza o possuidor que figurar como réu em ação reivindicatória ou possessória a formular pedido contraposto e requerer ao juiz a declaração de aquisição da propriedade, pela usucapião, de tal forma que a sentença seria título hábil para registro imobiliário, ressalvados eventuais interesses de confinantes e terceiros.

Por outro lado, há aquele que resiste à permissão de registro na serventia imobiliária da sentença que reconhece a usucapião, quando arguida em defesa, já que os confinantes e terceiros não foram parte na demanda.

Enfim, entendem que, em tal caso, a sentença que acolher a exceção não é título hábil para registro imobiliário, já que litisconsortes necessários não participaram da lide – confrontantes, terceiros citados por edital e as Fazendas Públicas –, de forma que a coisa julgada não atingiria os terceiros, devendo o interessado usucapiante ajuizar ação própria de usucapião, citando-os, mas o titular do direito real formalmente, vencido na demanda anterior, não poderia rediscutir a matéria²⁹⁶.

Também relevante é que a usucapião é invocada, comumente, para adquirir a propriedade, mas não se limita a ela, já que sua utilidade pode ampliada para a aquisição de outros direitos reais, como as servidões e o domínio útil nas enfiteuses não extintas²⁹⁷.

Controverte a doutrina sobre questões atinentes a parcelamentos do solo clandestinos, ocupação de áreas de mananciais e de proteção ambiental, de risco ou inadequadas para moradia. É preciso entender, porém, que eventuais ilegalidades dizem respeito à ocupação do solo, e não à declaração de propriedade. Parece pouco lógico que se

²⁹³ Súmula 237 do Supremo Tribunal Federal, aprovada em 13 de dezembro de 1963.

²⁹⁴ Poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel. Parágrafo único. A declaração obtida na forma deste artigo constituirá título hábil para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

²⁹⁵ A usucapião especial poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para transcrição no Registro de Imóveis.

²⁹⁶ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Do direito das coisas. *In*: PELUSO, Cezar (Coord.). Op. cit., 2014, p. 1146.

²⁹⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., 2003, p. 122.

negue a usucapição, mas se mantenham as posses sobre imóveis irregulares, perpetuando situações de incerteza. A usucapição não gera a ocupação irregular do solo, mas apenas é o primeiro passo para futura reurbanização²⁹⁸.

Nesse contexto, há quem defenda até mesmo a usucapição de imóvel rural com área menor que a fração mínima de parcelamento e a usucapição de lote em parcelamento do solo clandestino, que não existe juridicamente, eis que a questão seria meramente material, de possibilidade material da ocorrência da usucapição, não havendo óbice formal para o registro²⁹⁹.

Há, ainda, controvérsia se o condomínio edilício, que não tem personalidade jurídica, pode ou não adquirir imóvel pela usucapição. Apesar de ser tema não pacificado na doutrina e jurisprudência, tem prevalecido que o condomínio edilício pode adquirir imóvel pela usucapição³⁰⁰.

De início, deve-se reconhecer que a desapropriação judicial privada por posse trabalho, instituída inauguralmente pelo Código Civil, nos parágrafos 4^o³⁰¹ e 5^o³⁰² do art. 1228 do Código Civil, não se confunde com nenhuma das modalidades da usucapição, uma vez que exige o pagamento de indenização e, por essência, a usucapição não envolve qualquer tipo de contrapartida, enfim, não se admite usucapição onerosa.

Podem ser citadas, pelo menos quatro diferenças fundamentais entre essa forma de desapropriação e a usucapição coletiva: (a) na usucapição coletiva urbana, os ocupantes devem ser de baixa renda, o que não é requisito na desapropriação judicial privada; (b) na usucapição coletiva urbana, a área deve ter, no mínimo, 250 m², o que também não se repete na desapropriação judicial privada, bastando uma “extensa área”; (c) a usucapição coletiva somente se aplica aos imóveis urbanos, enquanto a desapropriação judicial privada pode ser aplicada aos imóveis urbanos ou rurais; (d) finalmente, na usucapição coletiva não há

²⁹⁸ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Do direito das coisas. *In*: PELUSO, Cezar (Coord.). Op. cit., 2014, p. 1130.

²⁹⁹ BRANDELLI, Leonardo. Op. cit., 2016, p. 32.

³⁰⁰ Enunciado 596 das Jornadas de Direito Civil do Conselho Federal de Justiça.

³⁰¹ O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

³⁰² No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

direito à indenização, enquanto na desapropriação judicial privada a indenização é requisito indispensável³⁰³.

Para a ocorrência da usucapião, é indispensável o concurso dos requisitos pessoais (são as exigências em relação à pessoa do possuidor que pretende adquirir o bem pela usucapião e do proprietário que vem a perdê-lo), reais (concernem às coisas e direitos suscetíveis de serem usucapidos) e formais (são os elementos característicos do instituto que lhe dão fisionomia própria, sendo alguns comuns – a posse e o lapso de tempo – e outros especiais – como o justo título e a boa-fé)³⁰⁴.

O ordenamento brasileiro prevê as seguintes hipóteses de usucapião: (a) usucapião extraordinária; (b) usucapião ordinária; (c) usucapião constitucional ou especial rural ou *pro labore*; (d) usucapião constitucional ou especial urbana individual; (e) usucapião especial familiar ou por abandono de lar; (f) usucapião especial urbana coletiva; (g) usucapião de coisas móveis; (h) usucapião administrativa do Minha Casa Minha Vida; (i) usucapião indígena; (j) usucapião quilombola; (k) usucapião libertadora ou *usucapio libertatis*; (l) usucapião administrativa da Lei de Registros Públicos.

A usucapião recebeu do legislador brasileiro o tratamento de prescrição aquisitiva. Em decorrência, o Código Civil, em seu artigo 1244³⁰⁵, estendeu ao possuidor o disposto quanto ao devedor acerca das causas que obstam, suspendem ou interrompem a prescrição, as quais também se aplicam, destarte, à usucapião, que são as seguintes: (a) haverá interrupção do prazo de usucapião no caso de despacho do juiz que, mesmo incompetente, ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual; (b) interromperá o prazo prescricional para a usucapião a apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores; (c) não correrão os prazos de usucapião entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal, salvo na hipótese da usucapião familiar prevista no artigo 1.240-A do Código Civil; (d) não correrão também os prazos entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela; (e) não haverá contagem para o prazo de usucapião pendendo ação de evicção; (f) não haverá usucapião entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar, em regra, até quando o menor completar dezoito anos; (g) não se adquire por usucapião não estando vencido eventual prazo para a aquisição do direito; (h) não se contam os prazos de usucapião

³⁰³ ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz *apud* TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 5. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 714.

³⁰⁴ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, 1999, p. 164.

³⁰⁵ Estende-se ao possuidor o disposto quanto ao devedor acerca das causas que obstam, suspendem ou interrompem a prescrição, as quais também se aplicam à usucapião.

quando a ação de usucapião se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correndo a prescrição antes da respectiva sentença definitiva; (i) o prazo prescricional para a usucapião se interrompe pelo protesto judicial ou até mesmo por eventual protesto cambial; (j) os prazos de usucapião não contam contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra; (k) os prazos de usucapião não correm contra os absolutamente incapazes do artigo 3º do Código Civil; (l) os prazos não são contados contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios; (m) pendendo condição suspensiva, não se adquire um bem por usucapião; (n) qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito alheio por parte do possuidor, tem o condão de interromper o prazo para a usucapião; (o) qualquer ato judicial que constitua em mora o possuidor interrompe o prazo para a usucapião³⁰⁶.

Questão importante no tema da usucapião administrativa é que qualquer espécie da usucapião pode ser reconhecida na via administrativa, se presentes os requisitos, não havendo restrição também para a aquisição de outros direitos reais, distintos da propriedade, tais como o usufruto, uso, habitação, superfície, servidão; enfim, para saber qual o direito real que foi usucapido, haverá que analisar a respeito do *animus* do possuidor, a relação da imagem do direito que a posse reflete³⁰⁷.

O mais significativo requisito formal de qualquer das modalidades da usucapião é o tempo, fundamental para a conversão da posse em propriedade, mas que é um problema de política legislativa, ou seja, a duração da usucapião irá variar para maior ou para menor conforme a orientação preponderante for no sentido da tutela da propriedade ou da posse, enfim, o prazo dependerá do enfoque sistêmico, no concerto entre a proteção da segurança jurídica ou da pacificação social³⁰⁸.

O tempo, na usucapião deve ser atingido de uma só vez, ininterruptamente, ou seja, não é possível somar-se lapsos temporais possessórios para o fim de alcançar o prazo legal, *a contrario sensu*, se foi interrompido, recomeçará um novo prazo prescricional caso reinicie a posse, mas isto não quer dizer que o possuidor deva ter sempre a apreensão física direta da coisa, que deva ter domicílio ou residência no imóvel, até porque, é possível praticar atos possessórios mesmo não morando nem residindo no local, basta que continue a dar à coisa a sua destinação econômica³⁰⁹.

³⁰⁶ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 5. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 730.

³⁰⁷ BRANDELLI, Leonardo. Op. cit., 2016, p. 24.

³⁰⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., 2015, p. 351.

³⁰⁹ BRANDELLI, Leonardo. Op. cit., 2016, p. 35.

A primeira usucapição possível em nível administrativo é a usucapição extraordinária, prevista no artigo 1238³¹⁰ do Código Civil e exige a efetivação dos seguintes requisitos cumulativos: (a) posse mansa, pacífica e ininterrupta, com ânimo de titular, do direito real usucapido e (b) prazo legal.

A norma é pedagógica – demonstra que posse não é sinônimo de ocupação efetiva da coisa, já que o poder de fato imediato sobre o bem pode ser exercitado por terceiros, tanto em nível de desdobramento da posse, como de detenção – e promove a diretriz da socialidade – prestigia a função social da posse ao dignificar a efetiva moradia e produção no imóvel, elevando-a a um *status* diferenciado³¹¹.

A usucapição extraordinária, que tem como antecedentes históricos a *praescriptio longi temporis*, a *longissimi temporis* (que chegou a ser de quarenta anos) e a prescrição *imemorial* (posse de cujo começo não houvesse memória entre os vivos), é a espécie de usucapição mais comum e conhecida, uma vez que exige apenas o ânimo de dono e a continuidade e tranquilidade da posse por quinze anos, ou seja, dispensa que o usucapiente tenha justo título – se existir, será apenas reforço de prova – e boa-fé, que sequer são presumidos: simplesmente não são requisitos exigidos³¹².

Em tese, até mesmo o posseiro, imbuído de má-fé desde o início, terá direito a requerer a usucapição extraordinária, já que os únicos requisitos que se pressupõem para se adquirir pela usucapição extraordinária são a posse *ad usucapionem* e o prazo de quinze anos, não se exigindo a convicção de dono, mas apenas a vontade de dono, daí que o possuidor não tem que estar intimamente convencido de ser o dono, mas apenas que possua em nome próprio, o que afasta, *a priori*, as pretensões do locatário, comodatário, depositário, usufrutuário, enfiteuta etc.³¹³.

Não restam dúvidas de que os meros detentores não podem se utilizar do instituto da usucapição, já que carecem de legitimidade e interesse para formarem o polo ativo da ação, uma vez que a teoria objetiva da posse, de Ihering, adotada no direito brasileiro, distingue possuidores de detentores, sendo estes últimos ou servidores da posse que

³¹⁰ Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis. Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

³¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., 2015, p. 351.

³¹² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. v. 5: direito das coisas. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 182.

³¹³ FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 2. ed. em *e-book*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 582.

encontram sob estado de subordinação ao verdadeiro possuidor (artigo 1198³¹⁴ do Código Civil) ou permissionários (artigo 1208³¹⁵ do Código Civil) ou pessoas que detenham poder de fato sobre bens de uso comum do povo e uso especial (artigo 100³¹⁶ do Código Civil)³¹⁷.

O *animus domini* é o propósito de o usucapiente possuir a coisa como se esta lhe pertencesse, ainda que saiba que coisa não lhe pertence, atua com o desejo de se converter em proprietário, pois quer excluir o antigo titular, daí que se excluem da usucapião os possuidores que exercem temporariamente a posse direta por força de obrigação ou direito (artigo 1.197 do Código Civil), tais como locatários, comodatários e usufrutuários que recebem a posse em virtude de uma relação jurídica de caráter temporário e que, ao seu final, devem devolver a coisa³¹⁸.

Contudo, nesse contexto, nos últimos anos tem sido aceita a tese da *interversio possessionis* ou modificação do título da posse, prestigiando a função social da posse, na hipótese na hipótese em que o até então possuidor direto demonstrar ato exterior inequívoco de oposição ao antigo possuidor indireto, tendo por efeito a caracterização do *animus domini*³¹⁹.

Pela modificação do título da posse, os possuidores diretos, após o término da relação jurídica, caso prossigam na posse sem oposição eficiente dos possuidores legítimos, indiretos, podem adquirir posse com potencial para se transformar em posse *ad usucapionem*.

A posse *ad usucapionem* é aquela que enseja a aquisição da propriedade por meio de usucapião, diferentemente da mera detenção que é exercida em nome de outrem, é a posse daquele que tem a coisa como sua e se apresenta como se fosse dono, ou seja, com *animus domini*³²⁰.

A posse *ad usucapionem* há de ser pública (os atos por meio dos quais a posse se manifesta não são ocultos, secretos, clandestinos); contínua (a continuidade se verifica pela

³¹⁴ 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. Parágrafo único. Aquele que começou a comportar-se do modo como prescreve este artigo, em relação ao bem e à outra pessoa, presume-se detentor, até que prove o contrário.

³¹⁵ Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade.

³¹⁶ Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

³¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., 2015, p. 353.

³¹⁸ Idem.

³¹⁹ Enunciado 237 das Jornadas de Direito Civil do Conselho Federal de Justiça.

³²⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. **Código civil comentado**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1763.

ausência de interrupção); incontestada (sem oposição, passividade geral de terceiros); pacífica (não violenta ou, se maculada na sua origem pela violência, que essa tenha cessado); inequívoca (os fatos invocados pelo possuidor ressaltam de maneira clara, não duvidosa, que ele possuiu a coisa de maneira exclusiva, ousadamente e com autoridade e não a obteve de forma precária, ou seja, para mera detenção)³²¹.

Novidade legislativa do Código Civil de 2002 foi que o legislador reduziu para dez anos a usucapião extraordinária caso o possuidor comprove a construção de uma residência ou investimentos de caráter produtivo ou cultural, prestigiando a denominada “posse-trabalho”, mas deverá, para se beneficiar do prazo reduzido, comprovar o pagamento de tributos, uma vez que, num país com grandes áreas despovoadas, poderia o fato propiciar direitos a quem não se encontre em situação efetivamente merecedora do amparo legal³²².

Enfim, na usucapião extraordinária comum, ordinária e na usucapião extraordinária posse-trabalho não há necessidade de se provar a boa-fé ou o justo título, havendo uma presunção absoluta ou *iure et de iure* da presença desses elementos³²³.

Não menos relevante é que as normas relativas à usucapião extraordinária e à usucapião ordinária, por estabelecerem redução de prazo em benefício do possuidor, têm aplicação imediata, não incidindo o disposto no art. 2.028 do Código Civil, em analogia ao entendimento consubstanciado no enunciado nº 445 da Súmula do STF, segundo o qual, “o proprietário possuiria, desse modo, o prazo de *vacatio legis* do Código Civil para proceder à defesa de seus interesses”³²⁴.

Finalmente, tem-se entendido que “o prazo, na ação de usucapião, pode ser completado no curso do processo, ressalvadas as hipóteses de má-fé processual do autor”³²⁵. Este entendimento prevalece para qualquer das modalidades da usucapião.

Há, ainda, a usucapião ordinária, prevista no artigo 1242³²⁶ do Código Civil.

Para que se configure a aquisição da propriedade pela usucapião ordinária, deve haver a ocorrência de quatro elementos indispensáveis e cumulativos: (a) posse mansa,

³²¹ Idem.

³²² GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., 2014, p. 182.

³²³ TARTUCE, Flávio. Op. cit., 2015, p. 733.

³²⁴ Enunciado 564 das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.

³²⁵ Enunciado 497 das Jornadas de Direito do Conselho Federal de Justiça Federal.

³²⁶ Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos. Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

pacífica e ininterrupta, com ânimo de titular do direito real usucapido, pelo (b) prazo legal; (c) justo título; e (d) boa-fé.

Essa modalidade difere da usucapião extraordinária quanto à exigência de dois novos requisitos, o justo título e a boa-fé, além do prazo legal ser de dez anos, como regra, ou cinco anos, exceção legal se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

Preenchidos os demais requisitos, ainda que qualquer desses títulos se ressinta de vício ou irregularidade, o decurso do tempo tem a virtude de escoimá-lo de seus defeitos, como na hipótese do comprador que adquire *a non domino* determinado imóvel, entra na posse do bem adquirido e não sofre qualquer impugnação no prazo legal, poderá expurgar o vício originário através do reconhecimento da usucapião³²⁷.

Indispensável que o possuidor tenha um justo título. Ele não se refere ao documento perfeito e hábil para a transcrição, mesmo porque, se fosse, não haveria necessidade de usucapir; esse título, por alguma razão, não logra a obtenção da propriedade, daí que seria melhor se a lei usasse a expressão título hábil, aliás, a noção de justo título está ligada à noção de boa-fé, exterioriza-se e ganha solidez na boa-fé³²⁸.

Caso típico de usucapião ordinária se dá, por exemplo, quando Joaquim adquire imóvel de Gustavo, celebrando contrato de promessa de compra e venda, sem que, contudo, a esposa de Gustavo assinasse. O preço ajustado é pago, mas antes da celebração da escritura pública Gustavo vem a falecer. Os herdeiros e a viúva se negam a concluir o negócio, mas deixam Joaquim na posse mansa e pacífica do imóvel. Passado o tempo hábil, Joaquim adquire o imóvel pela usucapião³²⁹.

A expressão “justo título” abrange todo e qualquer ato jurídico hábil, em tese, a transferir a propriedade, independentemente de registro³³⁰, e para a presunção relativa da boa-fé do possuidor, o justo motivo que lhe autoriza a aquisição derivada da posse, esteja ou não materializado em instrumento público ou particular, na perspectiva da função social da posse³³¹.

³²⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., 2003, p. 126.

³²⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., 2007, p. 190.

³²⁹ FIUZA, César. Op. cit., 2015, p. 580.

³³⁰ Enunciado 86 das Jornadas de Direito Civil do Conselho Federal de Justiça.

³³¹ Enunciado 303 das Jornadas de Direito Civil do Conselho Federal de Justiça.

O justo título é o ato jurídico capaz de transmitir a posse *ad usucapionem*³³², geralmente visualizados nas seguintes hipóteses: (a) a escritura pública ou particular de doação; (b) o legado, servindo como documento o testamento; (c) a sucessão testamentária, servindo como documento o testamento; e a sucessão legítima, toda vez que uma pessoa possuir coisa de herança, de que erroneamente se julgava herdeiro; (d) a escritura pública ou particular de compra e venda; (e) a escritura particular ou pública de promessa de compra e venda; (f) a escritura pública ou particular de transferência na dação em pagamento; (g) a escritura pública ou particular de permuta ou transação; (h) as sentenças nos juízos divisórios, a arrematação nos leilões e a adjudicação; (i) a escritura de cessão de direitos hereditários³³³.

Além do justo título, exige-se que o usucapiente demonstre boa-fé. A crença, em que está o possuidor, de ter adquirido a coisa de quem era seu legítimo dono. Se o não era, então a crença do possuidor reside num erro de fato. Se ele sabia que o alienante não era o dono ou não tinha o poder de aliená-la, então está de má fé³³⁴.

Enfim, a boa-fé é a confiança inabalável no título, sem vacilações, sem possibilidade de temperamentos ou meio-termo, para alguns, o mais importante dos requisitos porque valoriza e moralmente dignifica o usucapiente, devendo ser sempre integral – não existe boa-fé parcial – e se verificar no início da posse e subsistir por todo o tempo dela³³⁵.

Destarte, pode-se dizer que a boa-fé não se caracteriza positivamente, é um conceito negativo, o contraposto da boa-fé, a *mala fides ou scientia*; portanto, é a má fé, o *thema probandum*, não a boa-fé³³⁶.

Igualmente, é possível pelo usucapiente alegue a usucapião ordinária com prazo reduzido, prevista no artigo 1242, parágrafo único do Código Civil, quando exercer a posse *ad usucapionem* por cinco anos, se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que nele estabeleceu a sua moradia, ou realizou investimentos de interesse social e econômico.

É uma prescrição aquisitiva cujo foco principal situa-se na confiança depositada em registro cancelado, como forma de prestigiar aquele que confiou na informação oficial

³³² Enunciado 302 das Jornadas de Direito Civil do Conselho Federal de Justiça.

³³³ FIUZA, César. Op. cit., 2015, p. 580.

³³⁴ PEREIRA, Virgílio de Sá. Op. cit., 2007, p. 290.

³³⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., 2003, p. 127.

³³⁶ PEREIRA, Virgílio de Sá. Op. cit., 2007, p. 269.

ofertada pelo Estado por meio de um agente delegado seu, aliada a uma posse para moradia ou da qual tenha decorrido investimentos de interesse social ou econômico³³⁷.

Nesse sentido, pode-se citar a hipótese de alguém que adquire certo bem mediante registro de determinada escritura de compra e venda, posteriormente o registro é cancelado, não havendo dúvidas de que se trata de título justo e de possuidor com boa-fé presumida, de maneira *juris tantum* bastante robusta, tudo como decorrência das próprias qualidades do Registro Imobiliário, de depurador jurídico dos direitos publicizados, de fiscal jurídico das situações jurídicas submetidas a registro³³⁸.

A usucapião ordinária com prazo reduzido, como matéria de defesa, prescinde do ajuizamento da ação de usucapião, visto que, nessa hipótese, o usucapiante já é o titular do imóvel no registro, mesmo porque a usucapião constitui matéria de defesa a ser alegada no curso da ação de anulação do registro do título translativo de propriedade, sendo dispensável o posterior ajuizamento da ação de usucapião³³⁹.

Finalmente, é muito comum na doutrina a expressão usucapião tabular como sinônimo da usucapião ordinária com prazo reduzido prevista no artigo 1242, parágrafo único do Código Civil. Pode-se dizer, inclusive, que a maioria da doutrina adota esta expressão, mas não é de todo aceita sob a alegação de que a usucapião tabular decorre tão somente da existência do registro, não sendo necessária a posse, ou boa-fé, ou outro requisito que seja, bastaria o registro e dele decorreria a aquisição do direito real se houvesse algum vício na sua causa, enquanto a usucapião chamada de tabular seria, na verdade, usucapião *secundum tabulas*, enfim, situações diversas³⁴⁰. Em outras palavras, para a usucapião tabular bastaria o registro, enquanto na usucapião *secundum tabulas* haveria a necessidade de mais algum requisito, como, por exemplo, a posse.

A usucapião constitucional rural ou usucapião especial rural recebe também é conhecida como usucapião *pro labore*, porque pressupõe que o possuidor tenha com o seu esforço pessoal e de seus familiares dado à terra rural alguma destinação econômica (explorando nela agricultura, pecuária, granja, fruticultura etc.).

³³⁷ BRANDELLI, Leonardo. Op. cit., 2016, p. 40.

³³⁸ Idem.

³³⁹ Enunciado 569 das Jornadas de Direito Civil do Conselho Federal de Justiça.

³⁴⁰ BRANDELLI, Leonardo. Op. cit., 2016, p. 59.

A usucapião especial rural ou constitucional tem previsão tanto no artigo 1.239³⁴¹ do Código Civil quanto no artigo 191³⁴² da Constituição Federal, daí a expressão usucapião constitucional.

A usucapião especial rural, conhecida também como *pro labore* tem nítido escopo de fixar o homem ao campo, conferindo a possibilidade de, em curto espaço de tempo, atribuir propriedade ao possuidor que pessoalmente deu função social à gleba rural, tornando-a produtiva e nela fixando moradia³⁴³.

A usucapião rural ou *pro labore* pressupõe os seguintes requisitos: (a) posse *ad usucapionem*; (b) imóvel rural de no máximo cinquenta hectares; (c) ser o imóvel explorado para o sustento da família, servindo-lhe de moradia; (d) não ser o requerente proprietário de outro imóvel, seja urbano ou rural³⁴⁴.

À evidência, o ordenamento jurídico neste caso não aceita a simples posse *ad usucapionem*, exigindo que seja ela qualificada por elementos suplementares, quais sejam, o de que a posse exercida seja para fins de moradia e de tornar o imóvel produtivo, mediante atividades agropecuárias sua ou de sua família; destarte, a posse para conduzir a esta espécie de usucapião precisa ser desenvolvida no sentido de dar ao imóvel rural destinação de moradia do usucapiente ou de sua família, aliada ao desenvolvimento de atividade agrícola, pecuária ou extrativista, tornando produtiva a terra por força do seu trabalho, isto é, dando-lhe a sua destinação econômica³⁴⁵.

A usucapião *pro labore* é regulada hodiernamente pela Lei nº 6.969/81, com as alterações provenientes de dispositivos que não foram objeto de recepção pelo texto constitucional e, nesta modalidade, a função social da posse é mais intensa do que na modalidade da usucapião urbana, já que a simples pessoalidade da posse pela moradia não conduz à aquisição da propriedade se não acompanhada do exercício de uma atividade econômica, seja ela rural, industrial ou de mera subsistência da entidade familiar³⁴⁶.

³⁴¹ Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

³⁴² Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

³⁴³ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Do direito das coisas. In: PELUSO, Cezar (Coord.). Op. cit., 2014, p. 1137.

³⁴⁴ FIUZA, César. Op. cit., 2015, p. 582.

³⁴⁵ BRANDELLI, Leonardo. Op. cit., 2016, p. 49.

³⁴⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., 2015, p. 387.

O prazo é exíguo com o fim de estimular essa modalidade de usucapião, mas limita a categoria destinatária do benefício, mediante a criação de uma série de requisitos objetivos e subjetivos³⁴⁷.

O prazo da usucapião especial ou constitucional é de cinco anos, como a usucapião ordinária, mas ambas têm inúmeras diferenças: (a) a usucapião ordinária demanda justo título e boa-fé; a usucapião especial contenta-se com o *animus domini*; (b) a usucapião constitucional limita a área de extensão do imóvel, seja urbano ou rural; a usucapião ordinária recai sobre imóvel de qualquer dimensão; (c) a usucapião constitucional só poderá ser obtida uma vez; não há limitação de pretensões à usucapião ordinária³⁴⁸.

É recorrente a discussão sobre a incidência da usucapião *pro labore* em terras devolutas, isto porque, a Lei nº 6.969/81, em seu artigo 2º, excepcionalmente, incluiu as terras devolutas (espécies de bens públicos) entre os bens passíveis de serem usucapidos, mas a Constituição Federal de 1988, entretanto, no art. 191, parágrafo único proibiu expressamente a aquisição de imóveis públicos pela usucapião³⁴⁹.

Há quem veja nessa proibição da usucapião especial ou constitucional rural sobre terras devolutas um retrocesso, pois viola o princípio da função social da propriedade a negativa ao acesso à aquisição originária de bens formalmente públicos, mas que materialmente não ostentam qualquer legitimação ou merecimento, posto abandonados³⁵⁰.

Entretanto, predomina o entendimento de que está proibida a usucapião em terras públicas, abandonadas e improdutivas ou não³⁵¹.

Tema bastante controvertido é a união de posses ou *accessio possessionis* na usucapião *pro labore*. De um lado, há quem afirme não ser possível nenhuma restrição à acessão de posses em nenhuma modalidade deste instituto, por expressa autorização legal, prevista no artigo 1.243 do Código Civil³⁵², ou seja, todas as usucapiões previstas no Código Civil admitiriam a soma das posses, não havendo dúvidas sobre este ponto³⁵³.

³⁴⁷ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Do direito das coisas. In: PELUSO, Cezar (Coord.). Op. cit., 2014, 2014, p. 1137.

³⁴⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., 2015, p. 376.

³⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., 2014, p. 183.

³⁵⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., 2015, p. 388.

³⁵¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 173.

³⁵² O possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a dos seus antecessores, contanto que todas sejam contínuas, pacíficas e, nos casos do art. 1.242, com justo título e de boa-fé.

³⁵³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., 2007, p. 196.

Mas, a doutrina e a jurisprudência não agasalham, todavia, a soma ou adição da posse, denominada *accessio possessionis*, ou seja, não pode o possuidor acrescentar à sua posse a dos seus antecessores, uma vez que teriam de estar presentes as mesmas qualidades das posses adicionadas e existem requisitos personalíssimos, incompatíveis com a aludida soma, como produtividade do trabalho do possuidor ou de sua família e morada no local, enfim, afasta-se até mesmo a hipótese de adicionamento quando o sucessor a título singular faz parte da família e passa a trabalhar a terra e a produzir, nela residindo³⁵⁴.

Outra posição muito respeitada é aquela que analisa se o caso é de *accessio possessionis* ou de *successio possessionis*, espécies de soma ou adição de posses.

Nessa perspectiva, a primeira, que é a junção de tempo de posse a título singular, não pode ser levada a efeito, pois representaria diminuição do prazo previsto na Constituição Federal e também exigiria que as posses adicionadas fossem de mesma qualidade, uma vez que os requisitos são personalíssimos³⁵⁵.

Na sucessão possessória, todavia, há hipótese que a soma das posses poderia ocorrer, por exemplo, no caso do herdeiro que prossegue na posse do *de cuius*, com virtudes e vícios, isto é, cingindo-se à família do usucapiente, que tenha dado início à prescrição, sendo indispensável que o sucessor ou membros da família tenham trabalhado na terra, fazendo-a produzir e nele residir. Enfim, não bastaria à vocação hereditária, devendo ser comprovada a colaboração direta dos herdeiros ou residência no imóvel objeto de posse³⁵⁶.

Em outras palavras, a soma das posses não pode ser aplicada às usucapiões especiais ou constitucionais (rural e urbana), uma vez que tem sua normatividade prevista na Constituição Federal, que, por sua vez, não trata a união de posses³⁵⁷.

Outra questão tormentosa é sobre a usucapião *pro labore* em área superior à prevista no texto legal. Neste contexto, na doutrina há quem alegue que se a área usucapienda for maior que 250 m², no de imóvel urbano, ou maior que 50 ha, no caso de imóvel rural, o interessado poderá requerer a usucapião apenas da área fixada em lei, esperando, quanto à área remanescente e, se for o caso, o decurso do prazo para a usucapião ordinária ou extraordinária³⁵⁸.

³⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., 2014, p. 185.

³⁵⁵ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião**, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 904.

³⁵⁶ Idem.

³⁵⁷ Enunciado 317 das Jornadas de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal.

³⁵⁸ FIUZA, César. Op. cit., 2015, p. 582.

Exemplificando, se o usucapiente possui como seu, sítio de 200 ha, poderá requerer o usucapião de apenas 50 ha e, em relação aos 150 ha remanescentes, terá que esperar o prazo para reivindicá-los pela usucapião ordinária ou extraordinária³⁵⁹.

Todavia, esta posição é minoritária na literatura. Prevalece que se a posse ocorre sobre área superior aos limites legais, não é possível a aquisição pela via da usucapião especial, ainda que o pedido restrinja a dimensão do que se quer usucapir³⁶⁰. Ademais, a fixação da área máxima para fins de usucapião especial rural, observado o teto constitucional, levará em consideração o módulo rural e a atividade agrária regionalizada³⁶¹.

Finalmente, não há consenso sobre a possibilidade da usucapião constitucional rural incidir sobre área menor que a fração mínima de parcelamento estabelecida para a região, já que o artigo 8º da Lei nº 5.868/72³⁶², veda qualquer transmissão de imóvel rural com área abaixo da fração mínima de parcelamento.

A doutrina tende fortemente a permitir a aquisição de imóvel rural abaixo da fração mínima de parcelamento, através da usucapião especial rural³⁶³, já que se trata de aquisição originária, decorrente de posse qualificada, por tempo certo, não incidindo a proibição do artigo 65 da Lei nº 4.504/64³⁶⁴.

Nesse sentido, para o Supremo Tribunal Federal (STF), preenchidos os requisitos do artigo 183 da Constituição Federal, o reconhecimento do direito à usucapião especial urbana não pode ser obstado por legislação infraconstitucional que estabeleça frações mínimas de parcelamento³⁶⁵.

Para o STJ, não há impedimento para que imóvel de área inferior ao módulo rural possa ser objeto da modalidade de usucapião, por se tratar de instrumento de aperfeiçoamento da política agrícola do país tendo como objetivo a função social e o incentivo à produtividade da terra, além de ser forma de proteção aos agricultores. Além disso, para o Relator, ao permitir a usucapião de área não superior a 50 ha, estabelece

³⁵⁹ Idem.

³⁶⁰ Enunciado 313 das Jornadas de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal.

³⁶¹ Enunciado 212 das Jornadas de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal.

³⁶² Para fins de transmissão, a qualquer título, na forma do Art. 65 da Lei número 4.504, de 30 de novembro de 1964, nenhum imóvel rural poderá ser desmembrado ou dividido em área de tamanho inferior à do módulo calculado para o imóvel ou da fração mínima de parcelamento fixado no § 1º deste artigo, prevalecendo a de menor área.

³⁶³ Enunciado 594 das Jornadas de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal.

³⁶⁴ BRANDELLI, Leonardo. Op. cit., 2016, p. 31.

³⁶⁵ Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 422.349, Relator Ministro Dias Toffoli, de 29 de abril de 2015.

apenas o limite máximo possível, não a área mínima e, por fim, não há na Constituição nem na legislação ordinária regra que determine área mínima sobre a qual o possuidor deve exercer a posse para que seja possível a usucapião especial rural³⁶⁶.

A usucapião constitucional urbana ou constitucional urbana também é conhecida por usucapião *pro misero* ou usucapião *pro moradia*, com previsão no Código Civil (artigo 1.240³⁶⁷), no Estatuto da Cidade (artigo 9º³⁶⁸) e, ainda, na Constituição Federal (artigo 183³⁶⁹).

Os requisitos dessa modalidade de aquisição de propriedade imóvel são: (a) área urbana não superior a 250 m²; (b) posse mansa e pacífica de cinco anos ininterruptos, sem oposição, com *animus domini*; (c) o imóvel deve ser utilizado para a sua moradia ou de sua família; (d) aquele que adquire o bem não pode ser proprietário de outro imóvel, rural ou urbano; (e) não podendo a usucapião especial urbana ser deferida mais de uma vez.

Nesse sentido, nesta modalidade de usucapião, área urbana deve ser entendida como o imóvel edificado ou não, inclusive unidades autônomas vinculadas a condomínios edilícios³⁷⁰.

É considerada uma modalidade de miniusucapião extraordinária, uma vez que também dispensa a necessidade do justo título e da boa-fé, exigindo a posse com *animus domini*, mansa e pacífica, como outros requisitos³⁷¹.

À evidência, a usucapião *pro misero* ou *pro moradia* distingue-se da usucapião *pro labore*, além dos requisitos específicos de cada um, quanto ao fato de que aquele não pode

³⁶⁶ Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.040.296, 4ª Turma, por maioria, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, de 2 de junho de 2015.

³⁶⁷ Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º - O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

³⁶⁸ Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º - O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º - O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. § 3º - Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

³⁶⁹ Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. § 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

³⁷⁰ Enunciado 85 das Jornadas de Direito Civil do Conselho Federal de Justiça.

³⁷¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., 2015, p. 369.

ser reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez e há regra específica no Estatuto da Cidade de que o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão, o que não existe nas outras modalidades.

O imóvel urbano pode consistir em terreno nu ou edificado, inclusive em unidade autônoma de condomínio edilício, desde que atenda aos requisitos necessários à espécie de prescrição aquisitiva, em especial, o de que sirva para moradia do usucapiente ou de sua família. Neste caso, há quem entenda, contudo, que quando se tratar de condomínio edilício, a área a ser levada em consideração será a área total da unidade, que engloba a sua área privativa somada à área proporcional de uso comum, e não apenas a área privativa, uma vez que não é possível desvincular a unidade autônoma da sua fração ideal no terreno e nas demais coisas de uso comum do condomínio, de modo que aquele que adquire uma unidade autônoma não adquire apenas a área privativa, mas também a área de uso comum³⁷².

Deve-se reconhecer que esta posição não prevalece na doutrina especializada. No caso da usucapião de área em condomínio, “para os efeitos do art. 1.240, não se deve computar, para fins de limite de metragem máxima, a extensão compreendida pela fração ideal correspondente à área comum”³⁷³, ou seja, em outras palavras, para o cômputo dos 250 m² que exige a lei, somente deve ser levada em conta a área individual e não a fração da área comum.

Como se trata de inovação trazida pela Constituição Federal, não se incluem no preceito constitucional as posses anteriores, de forma que o prazo de cinco anos só começou a contar, para os interessados, a partir da vigência da atual Constituição, ou seja, o novo direito não poderia retroagir, surpreendendo o proprietário com uma situação jurídica anteriormente não prevista³⁷⁴.

A usucapião *pro moradia* não pode ser requerida pela pessoa jurídica, apenas pela pessoa física, uma vez que se exige do interessado a utilização do imóvel para sua moradia ou de sua família, logo, a pessoa jurídica, tendo sede e não residência, não tem família e não está legitimada para arguir a prescrição aquisitiva³⁷⁵.

³⁷² BRANDELLI, Leonardo. Op. cit., 2016, p. 44.

³⁷³ Enunciado 314 das Jornadas de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal.

³⁷⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., 2014, p. 185.

³⁷⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., 2014, p. 185.

Da mesma forma que na usucapião constitucional rural, a pessoalidade da posse é fundamental, isto é, ninguém poderá adquirir propriedade pela habitação no local por outra pessoa (detentor ou possuidor direto), sob pena de ferir o desiderato constitucional, logo, este requisito – de habitação efetiva na coisa – desqualifica a possibilidade de êxito para aqueles que apenas eventualmente ocupam o imóvel, como naquelas hipóteses de utilização de bens nas épocas de férias e feriados, bem como, afasta-se eventual pretensão de usucapião sobre bem utilizado com fins não residenciais, como consultórios médicos e escritórios, salvo se tratar de destinação mista – para fins de residência e trabalho simultaneamente –, caso em que não haveria óbice à usucapião³⁷⁶.

O exposto na usucapião constitucional rural sobre a união de posses ou junção das posses também se aplica à usucapião constitucional urbana, ou seja, há controvérsia sobre a possibilidade, prevalecendo, contudo, a negativa quanto à cumulação das posses, por se tratar de direito personalíssimo.

A respeito da usucapião *pro misero* em área superior a 250 m², apesar da controvérsia, não se permite a aquisição acima dos limites, pois seria uma autêntica hipótese de *venire contra factum proprium*, ou seja, um exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo titular do direito³⁷⁷.

Finalmente, também na usucapião *pro moradia* não há consenso sobre a possibilidade de incidir sobre área menor que a fração mínima de parcelamento prevista no plano diretor do Município ou na Lei nº 6.766/76. Não restam dúvidas de que, atualmente, os tribunais superiores e a doutrina inclinam pela aceitação, seja porque se trata de aquisição originária, seja porque a Constituição Federal não pode ser limitada por norma infraconstitucional, seja, ainda, em prestígio ao direito fundamental à moradia.

A usucapião especial por abandono de lar, usucapião conjugal ou usucapião pró-família foi criada pela Lei nº 12.424/11, com vigência em 16 de junho de 2011, que inseriu o artigo 1.240-A³⁷⁸ no Código Civil, e compreende todas as formas de família ou entidades familiares, inclusive homoafetivas³⁷⁹. Aliás, as expressões “ex-cônjuge” e “ex-

³⁷⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., 2015, p. 370.

³⁷⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., 2015, p. 373.

³⁷⁸ Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250 m² (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. § 1º - O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

³⁷⁹ Enunciado 500 das Jornadas de Direito Civil do Conselho Federal de Justiça.

companheiro”, correspondem à situação fática da separação, independentemente de divórcio³⁸⁰.

Os requisitos da usucapião familiar são cumulativos, alguns objetivos e outros subjetivos: (i) prazo bienal de posse exclusiva do ex-cônjuge ou de ex-companheiro sobre imóvel comum do casal; (ii) posse do usucapiente contínua, pacífica e com *animus domini*; (iii) imóvel situado em zona urbana; (iv) área máxima da superfície de 250 m², não havendo impedimento para que a área construída seja superior; (v) utilização para fins de moradia do ex-cônjuge ou ex-companheiro, que permaneceu com a posse exclusiva do imóvel; (vi) o usucapiente não pode ser, durante o prazo necessário, proprietário de outro imóvel, urbano ou rural; (vii) o usucapiente não pode ter se favorecido do mesmo instituto anteriormente; (viii) abandono voluntário e imotivado do lar comum pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro contra o qual corre a prescrição³⁸¹.

Como se percebe, esta usucapião, em vários pontos se distingue das demais: (a) a posse deverá ser direta e exclusiva, ou seja, se o usucapiente alugar ou emprestar o imóvel, já não haverá usucapião familiar; (b) o usucapiente deverá possuir título de domínio sobre o imóvel, ou seja, o imóvel deverá integrar a comunhão de bens que houver entre o usucapiente e seu cônjuge ou companheiro, o que exige, logo, um condomínio sobre o imóvel entre o usucapiente e seu cônjuge ou companheiro; (c) o imóvel objeto da usucapião deverá ser usado para residência do usucapiente e/ou de seus filhos e demais integrantes da família; (d) o cônjuge ou companheiro do usucapiente há de ter abandonado o lar, de forma voluntária e injustificada, deixando a família em desamparo material, isto é, se o cônjuge ou companheiro sai de casa, mas continuar contribuindo, não configura o abandono; (e) o tempo necessário para usucapir é flagrantemente inferior às demais espécies de usucapião, consumando-se a prescrição aquisitiva no prazo de dois anos³⁸².

Merece destaque o fato de que a usucapião familiar tem um prazo muito reduzido – dois anos – que somente pode ser contado a partir da vigência da lei³⁸³, evitando, assim, a retroatividade que poderia colher de surpresa o ex-cônjuge ou ex-companheiro que iria

³⁸⁰ Enunciado 501 das Jornadas de Direito Civil do Conselho Federal de Justiça.

³⁸¹ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Do direito das coisas. In: PELUSO, Cezar (Coord.). Op. cit., 2014, p. 1142.

³⁸² FIUZA, César. Op. cit., 2015, p. 584.

³⁸³ Enunciado 498 das Jornadas de Direito Civil do Conselho Federal de Justiça.

perder sua parte ideal sobre o imóvel comum, ou seja, por se tratar de instituto novo, não se computa o prazo anterior à lei³⁸⁴.

Outro ponto de relevo nesta aquisição da propriedade imóvel é que a regra de que não há usucapião entre cônjuges na constância da sociedade conjugal (artigo 197, I do Código Civil) é excepcionada na usucapião familiar, ademais, dispensa o requisito do *animus domini*, até aqui indispensável nas demais hipóteses de usucapião, pelo requisito da causa da separação, já que se deve perscrutar a culpa daquele que abandonou o lar³⁸⁵.

A principal crítica que se tem feito à usucapião familiar, sem dúvida, é que ela ressuscita a discussão sobre a causa do término do relacionamento afetivo, uma vez que o abandono do lar deve ser voluntário, isto é, culposo, numa época em que se prega a extinção da discussão sobre a culpa para a dissolução do casamento e da união estável³⁸⁶.

A expressão abandono do lar está mais para um sentido leigo de abandono do que em um sentido técnico de saída do lar conjugal, de modo que o cônjuge ou companheiro abandona o lar, antes ou depois da extinção do casamento ou da união estável, quando deixa de dar ao imóvel sua destinação econômica, deixando-o entregue à sorte daquele outro que permaneceu no imóvel, usando-o como moradia sua ou de sua família, arcando totalmente com as despesas do imóvel, e sem que tenha qualquer relação com a outra parte, como, por exemplo, por meio de um contrato de mútuo ou de locação³⁸⁷.

Em outras palavras, a usucapião familiar resgata a discussão da infração aos deveres do casamento ou união estável ao avaliar a culpa e a causa da separação, em detrimento da liberdade e da constatação do fim da efetividade, ao inserir dentre os requisitos da usucapião o abandono voluntário e injustificado do lar por parte de um dos cônjuges ou companheiros³⁸⁸.

Por outro lado, se a saída do lar, por um dos cônjuges, tiver sido determinada judicialmente, mediante, por exemplo, o uso das medidas previstas no art. 22 da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), não estará caracterizado o abandono voluntário exigido pela nova lei³⁸⁹.

³⁸⁴ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Do direito das coisas. In: PELUSO, Cezar (Coord.). Op. cit., 2014, p. 1142.

³⁸⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., 2015, p. 395.

³⁸⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., 2014, p. 192.

³⁸⁷ BRANDELLI, Leonardo. Op. cit., 2016, p. 48.

³⁸⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., 2015, p. 395.

³⁸⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., 2014, p. 192.

Ainda a respeito do requisito abandono do lar, há opiniões de que deve ser interpretado na ótica do instituto da usucapião familiar como abandono voluntário da posse do imóvel somado à ausência da tutela da família, não importando em averiguação da culpa pelo fim do casamento ou união estável³⁹⁰.

Nessa perspectiva, o abandono do lar deve ser interpretado de maneira cautelosa, mediante a verificação de que o afastamento do lar conjugal representa descumprimento simultâneo de outros deveres conjugais, tais como assistência material e sustento do lar, onerando desigualmente aquele que se manteve na residência familiar e que se responsabiliza unilateralmente pelas despesas oriundas da manutenção da família e do próprio imóvel, o que justifica a perda da propriedade e a alteração do regime de bens quanto ao imóvel objeto da usucapião³⁹¹.

À evidência, a usucapião pró-família ou usucapião conjugal só se efetiva em relação à coisa imóvel integrante do regime de comunhão ou de condomínio ou, ainda, que pertencesse integralmente ao outro cônjuge ou companheiro que saiu livremente do lar familiar, sem oferecer alimentos injustificadamente aos familiares que deles necessitavam³⁹².

Finalmente, com o reconhecimento da usucapião conjugal, que só pode ser implementado uma única vez, o cônjuge ou companheiro abandonado torna-se dono exclusivo do imóvel, que deixará de integrar a comunhão, não sendo mais objeto de eventual partilha de bens entre os consortes.

A usucapião familiar poderá ser muito aplicada no âmbito da regularização fundiária de imóveis populares que, durante o período de financiamento, um dos cônjuges ou companheiros desaparece sem deixar paradeiro conhecido³⁹³.

A usucapião coletiva é uma espécie de usucapião especial urbana com previsão no artigo 10³⁹⁴ da Lei nº 10.257/01 – Estatuto da Cidade – não pode ser analisada apenas à luz

³⁹⁰ Enunciado 595 das Jornadas de Direito Civil do Conselho Federal de Justiça.

³⁹¹ Enunciado 499 das Jornadas de Direito Civil do Conselho Federal de Justiça.

³⁹² BRANDELLI, Leonardo. Op. cit., 2016, p. 48.

³⁹³ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Do direito das coisas. In: PELUSO, Cezar (Coord.). Op. cit., 2014, p. 1145.

³⁹⁴ As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural. § 1º - O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas. § 2º - A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis. § 3º - Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um

do direito civil, porque seu propósito não é o de apenas criar uma nova forma de aquisição da propriedade, mas, especialmente, de criar uma nova forma de regularização fundiária, de ordenação urbana, uma aquisição originária de propriedade coletiva, em regime de copropriedade³⁹⁵.

Esta modalidade de aquisição da propriedade imóvel tem os seguintes requisitos: (a) área urbana, havendo limitação mínima de 250 m²; (b) posse de cinco anos ininterruptos, sem oposição, com *animus domini*, não havendo exigência de que a posse seja de boa-fé; (c) existência no local de famílias de baixa renda, utilizando o imóvel para moradia; (d) ausência de possibilidade de identificação da área de cada possuidor, pois, sendo possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, a hipótese será de usucapião constitucional individual, e não coletiva; (e) aquele que adquire não pode ser proprietário de outro imóvel – rural ou urbano³⁹⁶.

Historicamente, a concepção da usucapião sempre foi para adquirir área certa, delimitada e posicionada em local determinado, mas a usucapião coletiva atinge áreas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados “onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor”, ou seja, o usucapiente irá adquirir gleba em condomínio com outros interessados. Inclusive, se for viável a delimitação da área, deve ser proposta a usucapião individual, o que demonstra que essa modalidade veio para possibilitar a regularização de áreas de favelas ou de aglomerados residenciais sem condições de legalização dominial³⁹⁷.

A vantagem dessa modalidade é que permite a aquisição de propriedade em prol de possuidores que não tenham acesso a ações individuais de usucapião, uma vez que o imóvel está encravado em loteamento irregular ou porque a área possuída é inferior ao módulo urbano mínimo; destarte, a lei prestigiou o conteúdo em detrimento da forma, permitindo-se não só a aquisição da propriedade pela comunidade de possuidores, como a urbanização da área e ampliação da prestação de serviços públicos sobre os imóveis³⁹⁸.

ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas. § 4º - O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio. § 5º - As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes.

³⁹⁵ LOUREIRO, Francisco Eduardo *apud* BRANDELLI, Leonardo. **Usucapião administrativa**: de acordo com o novo Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 46.

³⁹⁶ TARTUCE, Flávio. Op. cit., 2015, p. 738.

³⁹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., 2014, p. 187.

³⁹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., 2015, p. 378.

Há quem defenda a utilização da usucapião coletiva não só na regularização da propriedade nas favelas urbanas, mas também na regularização de ocupações de edifícios de apartamentos, na hipótese de falência de uma construtora que deixe um edifício de apartamentos quase pronto e, por força de entraves processuais, a falência se delonga no tempo, e o edifício acaba por ficar deserto, sendo invadido por famílias sem teto que preenchem os requisitos legais³⁹⁹.

A usucapião coletiva, por conceito, envolve muitos compossuidores e pode ocorrer de um deles não pretender ser parte na ação. Neste caso, a solução é controvertida na doutrina.

De um lado, há quem afirme ser desnecessária a participação de todos os compossuidores, já que a sentença é meramente declaratória, atingindo todos os compossuidores, quer queiram, quer não queiram e, preenchidos os requisitos, a aquisição por usucapião é inexorável, logo, o possuidor, ainda que não participe da ação, dela se beneficiará, principalmente em relação ao consequente condomínio e registro público⁴⁰⁰.

Por outro lado, outra solução apresentada é a de citar os compossuidores para integrarem a lide, no polo ativo, por se tratar de litisconsórcio necessário. Se comparecerem e o juiz verificar que a recusa é justificada, o processo será extinto. Caso entenda injustificada, prosseguirá o feito, em situação semelhante à de suprimento de outorga de cônjuge⁴⁰¹.

Por fim, o Estatuto da Cidade, no artigo 13, permite que a usucapião coletiva seja invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para registro serventia imobiliária. Além disso, é expressa a autorização para a *accessio possessionis*, desde que ambas sejam contíguas, o que não ocorre em toda usucapião, por exemplo, a usucapião constitucional, segundo a doutrina majoritária, por se exigir requisitos personalíssimos, intransmissíveis. Ao final, na sentença as frações ideais do terreno serão iguais para cada compossuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas. Para a extinção do condomínio especial instituído pela sentença, que é indivisível por força legal, será necessária deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior

³⁹⁹ FIUZA, César. Op. cit., 2015, p. 583.

⁴⁰⁰ FIUZA, César. Op. cit., 2015, p. 583.

⁴⁰¹ LOUREIRO *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. 5: direito das coisas. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 189.

à constituição do condomínio. As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes. Interessante que as deliberações obrigam todos os condôminos, inclusive os discordantes ou ausentes.

Não só bens imóveis podem ser objeto de usucapião. Bens móveis também podem ser usucapidos. Neste sentido, pela usucapião ordinária, prevista no artigo 1.260⁴⁰² do Código Civil, o usucapiente deverá provar posse mansa e pacífica, ininterrupta e sem oposição, durante três anos, exercida com *animus domini*, justo título e boa-fé; enquanto na usucapião extraordinária do artigo 1.261⁴⁰³ do Código Civil deverá provar posse ininterrupta e pacífica com *animus domini* pelo decurso do prazo de cinco anos, mas, neste caso, fica dispensado de comprovar o justo título e boa-fé.

O Código Civil brasileiro não seguiu a orientação do Código francês, que no artigo 2.279 estatui que a posse de coisa móvel faz presumir a propriedade, isto é, no direito francês há presunção de propriedade em benefício do possuidor, pela prescrição instantânea, mas essa presunção não impede a reivindicação de coisas perdidas, extraviadas ou roubadas, dentro de três anos⁴⁰⁴.

A maior dificuldade na usucapião de coisas móveis reside em saber contra quem promover o pedido, uma vez que a pretensão, em tese, é dirigida contra todos; porém, deverá o juiz exigir a prova necessária, por exemplo, da certidão de inexistência de ações possessórias relativas ao bem descrito, evitando, assim, que o autor da ação use a ação de usucapião para frustrar eventual demanda em andamento⁴⁰⁵.

É comum no tema usucapião de coisas móveis o questionamento se o ladrão usucapir. Impõe-se a resposta afirmativa. Tanto o que rouba quanto o que furta podem usucapir, uma vez que o Direito Brasileiro, diferentemente de outros sistemas jurídicos, como o francês, não faz restrições às coisas furtadas ou roubadas⁴⁰⁶.

Entretanto, a posse mansa e pacífica cessa quando o Ministério Público oferece denúncia pelo fato típico, ante o caráter de publicidade emanado da ação penal; ademais, mesmo sendo julgada procedente a pretensão à usucapião, o possuidor poderá prejudicar-se reflexamente, pois o juiz oficiará ao juízo penal sobre o ilícito criminal, e a possível

⁴⁰² Aquele que possuir coisa móvel como sua, contínua e incontestadamente durante três anos, com justo título e boa-fé, adquirir-lhe-á a propriedade.

⁴⁰³ Se a posse da coisa móvel se prolongar por cinco anos, produzirá usucapião, independentemente de título ou boa-fé.

⁴⁰⁴ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., 2007, p. 312.

⁴⁰⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., 2007, p. 228.

⁴⁰⁶ FIUZA, César. Op. cit., 2015, p. 598.

sentença condenatória incluirá como um dos efeitos secundários o perdimento dos bens obtidos com a prática do ilícito⁴⁰⁷.

Por fim, dispõe o artigo 1.262 do Código Civil que devem ser aplicados à usucapião de bem móvel o constante dos artigos 1.243 e 1.244 do Código Civil, ou seja, há uma aplicação residual de duas regras relativas à usucapião de imóvel. A primeira delas – artigo 1.243 – consagra que o possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a dos seus antecessores, contanto que todas sejam contínuas, pacíficas e, no caso da usucapião ordinária, com justo título e de boa-fé (*accessio possessionis*). Na última – artigo 1.244 – há o permissivo para se estender ao possuidor o disposto quanto ao devedor acerca das causas que obstam, suspendem ou interrompem a prescrição⁴⁰⁸.

A usucapião administrativa – requerida e processada junto ao Registro de Imóveis e não em juízo – do programa Minha Casa Minha Vida foi instituído pela Lei nº 11.977/09, nos artigos 59⁴⁰⁹ e 60⁴¹⁰ e, além do custeio de moradia à população de baixa renda, instituiu também a regularização fundiária, que pode ser definido como processo para transformar terra urbana em terra urbanizada, com infraestrutura e integração à cidade⁴¹¹.

O prestígio à desjudicialização marca a essência desta usucapião, evidenciando a preocupação do ordenamento jurídico não apenas com a garantia do direito do proprietário de excluir os não proprietários do conteúdo mínimo do domínio, mas em especial o de

⁴⁰⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., 2015, p. 439.

⁴⁰⁸ TARTUCE, Flávio. Op. cit., 2015, p. 749.

⁴⁰⁹ A legitimação de posse devidamente registrada constitui direito em favor do detentor da posse direta para fins de moradia. § 1º - A legitimação de posse será concedida aos moradores cadastrados pelo poder público, desde que: I - não sejam concessionários, foreiros ou proprietários de outro imóvel urbano ou rural; II - não sejam beneficiários de legitimação de posse concedida anteriormente. § 2º - A legitimação de posse também será concedida ao coproprietário da gleba, titular de cotas ou frações ideais, devidamente cadastrado pelo poder público, desde que exerça seu direito de propriedade em um lote individualizado e identificado no parcelamento registrado.

⁴¹⁰ Sem prejuízo dos direitos decorrentes da posse exercida anteriormente, o detentor do título de legitimação de posse, após 5 (cinco) anos de seu registro, poderá requerer ao oficial de registro de imóveis a conversão desse título em registro de propriedade, tendo em vista sua aquisição por usucapião, nos termos do art. 183 da Constituição Federal. § 1º - Para requerer a conversão prevista no caput, o adquirente deverá apresentar: I – certidões do cartório distribuidor demonstrando a inexistência de ações em andamento que versem sobre a posse ou a propriedade do imóvel; II – declaração de que não possui outro imóvel urbano ou rural; III – declaração de que o imóvel é utilizado para sua moradia ou de sua família; e IV – declaração de que não teve reconhecido anteriormente o direito à usucapião de imóveis em áreas urbanas. § 2º - As certidões previstas no inciso I do § 1º serão relativas à totalidade da área e serão fornecidas pelo poder público. § 3º - No caso de área urbana de mais de 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), o prazo para requerimento da conversão do título de legitimação de posse em propriedade será o estabelecido na legislação pertinente sobre usucapião.

⁴¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., 2014, p. 190.

permitir que a enorme coletividade de não proprietários não seja excluída do acesso à titularidade⁴¹².

O procedimento pode ser dividido em quatro etapas distintas: (a) apresentação inicial do projeto; (b) averbação da demarcação urbanística, prevista no artigo 47, III⁴¹³ da Lei nº 11.977/09; (c) registro da legitimação de posse⁴¹⁴; (d) conversão da legitimação de posse em propriedade, após cinco anos de seu registro.

Deve-se frisar que somente o direito de propriedade pode ser adquirido por esta forma de usucapião, ao contrário do que ocorre na usucapião administrativa da Lei de Registros Públicos (artigo 216-A), no qual pode haver o reconhecimento da aquisição de qualquer direito real imobiliário que seja passível de ser usucapido⁴¹⁵.

Tal legitimação da posse será concedida aos moradores cadastrados pelo Poder Público, desde que: (a) não sejam concessionários, foreiros ou proprietários de outro imóvel urbano ou rural; e (b) não sejam beneficiários de legitimação de posse concedida anteriormente. A legitimação de posse também será concedida ao coproprietário da gleba, titular de cotas ou frações ideais, devidamente cadastrado, que exerça seu direito de propriedade em um lote individualizado e identificado no parcelamento registrado⁴¹⁶.

Após a legitimação da posse, o interessado, após 5 (cinco) anos de seu registro, poderá requerer ao oficial de registro de imóveis a conversão desse título em registro de propriedade, tendo em vista sua aquisição pela usucapião, nos termos do art. 183 da Constituição Federal. Em outras palavras, converte-se a mera legitimação da posse em propriedade, por meio da usucapião especial ou constitucional urbana⁴¹⁷.

Sem dúvida, esta usucapião representa uma forma de reconhecimento do perecimento do direito de propriedade pela inércia ou descaso de seu titular, por exigir que o proprietário seja notificado, pessoal ou fictamente, quando da averbação do auto de demarcação, podendo promover impugnação, caso queira; não o impugnando, terá cinco anos, contados do registro da legitimação de posse, para reclamar ou reivindicar sua propriedade.

⁴¹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., 2015, p. 382.

⁴¹³ Procedimento administrativo pelo qual o poder público, no âmbito da regularização fundiária de interesse social, demarca imóvel de domínio público ou privado, definindo seus limites, área, localização e confrontantes, com a finalidade de identificar seus ocupantes e qualificar a natureza e o tempo das respectivas posses.

⁴¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., 2015, p. 383.

⁴¹⁵ BRANDELLI, Leonardo. Op. cit., 2016, p. 107.

⁴¹⁶ TARTUCE, Flávio. Op. cit., 2015, p. 739.

⁴¹⁷ Idem.

Não menos relevante é que este procedimento somente tem cabimento quando se tratar de situação de regularização fundiária de interesse social na qual o Município conceda título de legitimação de posse aos ocupantes, e na qual tais títulos sejam registrados nas matrículas dos imóveis⁴¹⁸.

Muito debatida é a possibilidade ou não da usucapião de bens públicos por esta aquisição originária. Parece ser correta a tese de que desde já deve ser tratada como incorreta a posição de quem defende a usucapião de bens público com base no artigo 60 da Lei nº 11.977/09. Este dispositivo não autoriza – e nem poderia – a usucapião em bens públicos. O texto legal, na verdade, trata-se de uma grande confusão sobre o tema, já que, na hipótese, não há usucapião, nem o autoriza o artigo 183 da Constituição Federal, ao contrário, a aquisição da propriedade decorreria da autorização legal expressa⁴¹⁹.

Enfim, outras questões importantes, neste contexto, são que se a área for superior a 250 m², não será possível adquiri-la pela modalidade da usucapião especial urbana, mas apenas por outra espécie de usucapião; ademais, se for constatado que o beneficiário do título de legitimação de posse não está na posse do imóvel e não houve cessão de direitos, o título poderá ser extinto pelo Poder Público emitente, o que conduzirá, após o procedimento para extinção do título, a averbação do seu cancelamento na matrícula do imóvel, a pedido do Poder Público, com fundamento no artigo 60-A da referida lei.

A usucapião indígena, segundo o artigo 33⁴²⁰ da Lei nº 6.001/1973 – Estatuto do Índio –, prevê os seguintes requisitos: (a) posse *ad usucapionem* (pacífica, ininterrupta, com vontade de dono); (b) imóvel rural de até 50 ha; (c) posse por índio integrado ou não integrado; (d) 10 anos consecutivos, ininterruptos⁴²¹.

O instituto só se presta à aquisição da propriedade plena, exigindo o *animus domini*, ou seja, não se efetiva, pela usucapião indígena a aquisição de outros direitos reais como, poderia, em tese, ocorrer com a usucapião ordinária ou extraordinária.

Por último, esta usucapião é muito criticada por ser ineficaz. Por qual motivo o indígena, tratando-se de área máxima de 50 ha de posse, iria esperar dez anos de posse com *animus domini* para usucapir se poderia usucapir no prazo de cinco anos pela usucapião

⁴¹⁸ BRANDELLI, Leonardo. Op. cit., 2016, p. 107.

⁴¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., 2015, p. 1196.

⁴²⁰ O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena. Parágrafo único - O disposto neste artigo não se aplica às terras do domínio da União, ocupadas por grupos tribais, às áreas reservadas de que trata esta Lei, nem às terras de propriedade coletiva de grupo tribal.

⁴²¹ FIUZA, César. Op. cit., 2015, p. 584.

constitucional rural? É verdade que no Estatuto do Índio não exige que o interessado não seja titular de outro imóvel, mas ainda assim o instituto seria ineficaz, uma vez que poderia adquirir pela usucapião extraordinária com prazo reduzido, também de dez anos, sem cogitar qualquer restrição de metragem do terreno, tal qual pontifica a legislação especial indígena⁴²².

A usucapião quilombola foi introduzida pela Constituição de 1988, em seu artigo 68⁴²³ dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

Por esta usucapião, beneficiam-se os descendentes de escravos fugidos ao tempo da escravidão e que ainda estejam atualmente nas terras ocupadas, se a posse contínua e pacífica com *animus domini* transmitiu-se por gerações até a edição da Constituição Federal de 1988⁴²⁴.

A posse há de ser com *animus domini* – do contrário, não haveria essa continuidade histórica da posse quilombola –, mansa, ininterrupta e por tempo prolongado, pois que a usucapião se dá apenas a favor de descendente de quilombola, que venha mantendo posse histórica do imóvel, não se prestando a favorecer ninguém mais⁴²⁵.

Ao contrário das comunidades de índios, os quilombolas não são reconhecidos apenas como usufrutuários, mas proprietários, pois o imóvel será registrado em nome da associação da comunidade e, como exceção, a usucapião quilombola pode mesmo recair sobre bens públicos, não se aplicando a ressalva dos arts. 183 e 191 da Constituição Federal⁴²⁶.

A *usucapio libertatis*, também chamada de usucapião libertadora ou, ainda, usucapião de liberdade é a possibilidade da usucapião como meio de extinção de direitos reais menores instituídos sobre o bem, isto é, não se adquire direitos por ela, mas os extingue⁴²⁷. Em outras palavras, seria uma prescrição aquisitiva através da qual se adquire certo direito real livre de quaisquer outros direitos preexistentes⁴²⁸.

A *usucapio libertatis* tem um caráter misto, usucapião quanto aos requisitos (posse e tempo) e prescrição quanto aos efeitos e, apesar de não prevista expressamente, mas por

⁴²² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., 2015, p. 390.

⁴²³ Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

⁴²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., 2015, p. 391.

⁴²⁵ FIUZA, César. Op. cit., 2015, p. 586.

⁴²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., 2015, p. 391.

⁴²⁷ BUFULIN, Augusto Passamani. *Usucapio libertatis*. **Revista de Direito Privado**, v. 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 3.

⁴²⁸ BRANDELLI, Leonardo. Op. cit., 2016, p. 50.

ser análoga à usucapião, no que tange aos requisitos, tem aplicação no nosso sistema jurídico. Se o tempo mais a posse causam a extinção da propriedade, com maior razão e pelo mesmo fundamento lógico pode implicar na extinção do direito real limitado⁴²⁹.

Enquanto o direito português prevê expressamente a *usucapio libertatis*, no artigo 1574⁴³⁰ do Código Civil, no ordenamento brasileiro sua existência é muito controvertida⁴³¹.

No direito português, a modalidade é instrumento jurídico útil na extinção da servidão predial; da mesma forma, no direito brasileiro, para aqueles que a admitem, a usucapião libertadora estaria implícita no artigo 1.389, III⁴³² do Código Civil, que trata da extinção das servidões prediais. Enfim, seria a usucapião em favor do prédio serviente e ocorre quando o proprietário do prédio dominante não faz uso dela por dez anos contínuos⁴³³.

Outros autores que defendem a existência da usucapião libertadora no direito brasileiro justificam sua existência no artigo 1.485⁴³⁴ do Código Civil, em que, escoado o prazo de trinta anos, a garantia real perime, mantendo a obrigação, agora, sem garantia⁴³⁵.

Caso inicialmente estipulada a garantia em prazo inferior ao teto legal – trinta anos –, nada impede que, de comum acordo, as partes averbem sucessivas prorrogações de hipoteca no ofício imobiliário, até o alcance do decurso máximo. Nada obstante, superado o prazo fatal, exigir-se-á novo contrato de hipoteca a ser registrado, falecendo a caução primitiva, mas a prorrogação da hipoteca não se confunde com a renovação da hipoteca⁴³⁶.

Enfim, a usucapião da liberdade pode extinguir a hipoteca, com o advento do trigésimo ano, sem renovação. Após esse prazo, a hipoteca poderá ser renovada, mediante a constituição de nova hipoteca, que será registrada no ofício imobiliário⁴³⁷.

⁴²⁹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. Op. cit., 2013, p. 378.

⁴³⁰ A aquisição, por usucapião, da liberdade do prédio só pode dar-se quando haja, por parte do proprietário do prédio serviente, oposição ao exercício da servidão.

⁴³¹ SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. A usucapião tabular. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 78. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 121.

⁴³² Também se extingue a servidão, ficando ao dono do prédio serviente a faculdade de fazê-la cancelar, mediante a prova da extinção: III - pelo não uso, durante dez anos contínuos.

⁴³³ DIAS, Fábio Henrique Di Lallo. **Usucapião da propriedade imaterial**. 2010. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010, p. 76.

⁴³⁴ Mediante simples averbação, requerida por ambas as partes, poderá prorrogar-se a hipoteca, até 30 (trinta) anos da data do contrato. Desde que perfaça esse prazo, só poderá subsistir o contrato de hipoteca reconstituindo-se por novo título e novo registro; e, nesse caso, lhe será mantida a precedência, que então lhe competir.

⁴³⁵ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Do direito das coisas. In: PELUSO, Cezar (Coord.). Op. cit., 2014, p. 1460.

⁴³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., 2015, p. 791.

⁴³⁷ FIUZA, César. Op. cit., 2015, p. 685.

A respeito da usucapião administrativa instituída pelo novo Código de Processo Civil que acrescentou o artigo 216-A à Lei nº 6.015/73 – Lei de Registros Públicos –, inicialmente, deve-se dizer que não se trata de uma nova modalidade de usucapião, com requisitos distintos das demais hipóteses apresentadas.

Em verdade, é apenas e tão somente a permissão para que se processe e, ao final, se reconheça extrajudicialmente, perante o registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento de interessado, instruído com os documentos necessários e representado por advogado, a aquisição da propriedade pela usucapião.

Qualquer espécie da usucapião pode ser reconhecida na via administrativa, se presentes os requisitos, não havendo restrição também para a aquisição de outros direitos reais, distintos da propriedade, tais como o usufruto, uso, habitação, superfície, servidão; enfim, para saber qual o direito real que foi usucapido, haverá que analisar a respeito do *animus* do possuidor, a relação da imagem do direito que a posse reflete⁴³⁸.

A característica mais marcante deste procedimento é a indispensável consensualidade, ou seja, só poderá ser reconhecida a aquisição de direitos reais imobiliários, em nível administrativo, na ausência de litígio, já que é exigência *sine qua non* a assinatura dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes.

Ademais, a necessidade da consensualidade pode ser observada no fato de que, havendo impugnação do pedido de reconhecimento extrajudicial, apresentada por qualquer um dos titulares de direito reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, por algum dos entes públicos ou por algum terceiro interessado, o oficial do registro imobiliário não poderá reconhecer a usucapião.

Inclusive, se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, o registrador imobiliário deverá providenciar sua notificação, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar seu consentimento expresso em quinze dias, caso em que o seu silêncio deverá ser interpretado como discordância.

⁴³⁸ BRANDELLI, Leonardo. Op. cit., 2016, p. 24.

Na ausência de anuência, os autos deverão ser remetidos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel e, se quiser, o requerente poderá emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum.

A opção pela via extrajudicial para o reconhecimento da usucapião é faculdade do interessado, assim como já ocorre nas separações, divórcios, inventários e partilhas celebradas nos Tabelionatos de Notas, com permissão na Lei nº 11.441/07.

A usucapião administrativa processada junto ao registro imobiliário não é inovação do ordenamento brasileiro. O Direito peruano e o português já continham essa previsão legal⁴³⁹.

Em prestígio à segurança jurídica, missão dos Registros Públicos, o usucapiante deverá apresentar os seguintes documentos: (a) ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias; (b) 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 reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes; (c) certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente; (d) justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel.

A respeito da ata notarial, prevista no artigo 384⁴⁴⁰ do Código de Processo Civil, trata-se de documento de competência exclusiva dos tabeliães de notas, profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial, conforme artigo 7º, III⁴⁴¹ c/c artigo 3º⁴⁴², ambos da Lei nº 8.935/94.

A ata notarial é prevista como prova típica pelo Código de Processo Civil de 2015, apesar de desconhecida pela lei revogada, sendo meio de meio de prova em que o tabelião atesta ou documenta a existência e/ou o modo de existir algum fato; ademais, considerando que o tabelião tem fé pública, é correto presumir que o conteúdo da ata que lavra é

⁴³⁹ BRANDELLI, Leonardo. Op. cit., 2016, p. 20.

⁴⁴⁰ A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião. Parágrafo único - Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.

⁴⁴¹ Aos tabeliães de notas compete com exclusividade: III - lavrar atas notariais.

⁴⁴² Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.

verdadeiro⁴⁴³. Em outras palavras, o notário deve procurar sempre na ata notarial narrar os fatos com riqueza de detalhes que possam caracterizar o fato ocorrido por meio de uma simples leitura⁴⁴⁴.

Não se confunde a ata notarial com a escritura pública. O principal elemento que diferencia a escritura pública da ata notarial é a existência ou não de manifestação de vontade a ser captada e moldada juridicamente pelo notário. Na escritura, o tabelião recebe a manifestação de vontade das partes, direcionadas para a concreção do suporte fático de um ato jurídico *lato sensu*, e a qualifica juridicamente, assessorando juridicamente as partes; na ata, todavia, não há manifestação de vontade, mas a narrativa de um fato presenciado e apreendido pelos sentidos, sem qualificação jurídica do fato, sem moldá-lo juridicamente, sendo vedado qualquer juízo de valor do tabelião de notas⁴⁴⁵.

Na ata notarial, o tabelião relata aquilo que vê, ouve, verifica e conclui com seus próprios sentidos e opinião, não devendo haver interferência de quem quer que seja, isto é, a constituição da ata notarial realiza-se livremente pelo notário, diante de sua perspectiva e sensibilidade, segundo a sua convicção, enfim, relata fatos que vê e sente, diante de elementos por ele escolhidos⁴⁴⁶.

A presunção de veracidade da ata notarial demonstra de forma segura que o proprietário tabular, isto é, aquele que detém meramente a propriedade formal, não exerce a posse sobre o imóvel usucapiendo. Em outras palavras, não procede como se dono fosse, não usa, não retira frutos, enfim, tem uma conduta omissiva, de descaso, de inércia que não pode ser protegida, em especial frente aquele que, por longos anos – em alguns casos, por prazo igual ou superior a quinze anos, como na hipótese da usucapião extraordinária – nele tem sua moradia ou dele tira seu sustento, de sua família ou de parcela da coletividade.

Claro que a presunção da ata notarial é relativa, *juris tantum*, ou seja, admite prova em contrário, daí que, por exemplo, em juízo, o juiz deverá cotejar a ata com as outras provas existentes nos autos para formar o seu convencimento a respeito do litígio; abalada a fé da ata, sua veracidade poderá ser afastada, logo, a ata não se constitui em prova legal absoluta⁴⁴⁷.

⁴⁴³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei nº 13.105/15. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 317.

⁴⁴⁴ CHAVES, Carlos Fernando Brasil; REZENDE, Afonso Celso F. **Tabelionato de notas e o notário perfeito**. 6. ed. Campinas: Millennium, 2011, p. 160.

⁴⁴⁵ BRANDELLI, Leonardo. Op. cit., 2011, p. 359.

⁴⁴⁶ CHAVES, Carlos Fernando Brasil; REZENDE, Afonso Celso F. Op. cit., 2011, p. 160.

⁴⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, v. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1197.

Além desses documentos, é indispensável a ciência dos entes federados – União, Estado, Distrito Federal ou Município –, e de terceiros eventualmente interessados para que se manifestem em quinze dias sobre o pedido, sendo estes últimos notificados por publicação de edital em jornal de grande circulação, onde houver.

Ao final das diligências, o oficial de registro de imóveis registrará a aquisição do imóvel com as descrições apresentadas, sendo permitida a abertura de matrícula, se for o caso, ou se a documentação não estiver em ordem, o oficial de registro de imóveis rejeitará o pedido, o que não impedirá o ajuizamento da ação de usucapião.

É certo que alguns pontos da usucapião extrajudicial geram dúvidas, o que também ocorreu após a Lei n.º 11.441/07, que autorizou a separação, divórcio, inventário e partilha através de escritura pública. No caso da Lei n.º 11.441/07, o CNJ editou a Resolução n.º 35/07, que disciplinou sua aplicação pelos serviços notariais e de registro, e espera-se que o mesmo ocorra agora, o quanto antes, visando aclarar alguns procedimentos da usucapião extrajudicial⁴⁴⁸.

⁴⁴⁸ O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, pelo Provimento n.º 325/16/CGJ/TJMG alterou e acrescentou dispositivos ao Provimento n.º 260/13/CGJ/TJMG, que codifica os atos normativos da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais relativos aos serviços notariais e de registro, trazendo importantes medidas para padronizar e uniformizar a prática dos atos notariais e registrais: (1) Não é possível a abertura de matrícula para imóvel com área inferior à fração mínima de parcelamento do solo urbano ou rural, salvo nas hipóteses de usucapião constitucional (arts. 183 e 191 da Constituição da República) e nos demais casos expressamente autorizados em lei, a exemplo de regularização fundiária de imóveis urbanos e de agricultor familiar, para imóveis rurais; (2) É possível o reconhecimento extrajudicial de usucapião de imóvel não matriculado, devendo o oficial de registro de imóveis adotar todas as cautelas necessárias para se certificar de que não se trata de área pública; (3) Caso o titular de direito real seja notificado e manifestar, no ato da notificação, que não apresenta qualquer óbice ao requerimento, desde que a circunstância conste do documento que comprova a notificação, será considerado como concorde com o procedimento; (4) Em caso de falecimento daquele que deva manifestar consentimento, é legitimado a prestá-lo o inventariante ou, inexistindo inventário, todos os herdeiros; (5) O reconhecimento da usucapião administrativa não extingue os ônus reais ou gravames registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo, ressalvada a hipótese de cancelamento mediante anuência expressa do respectivo titular de tais direitos; (6) O reconhecimento da usucapião administrativa não extingue eventuais restrições administrativas, tais como, tombamento e reserva legal, nem gravames judiciais regularmente inscritos, devendo o pedido de cancelamento, quando for o caso, ser formulado pelo interessado diretamente perante a autoridade que emitiu a ordem; (7) A inércia dos órgãos públicos à notificação não impede o regular andamento do procedimento e o eventual reconhecimento extrajudicial de usucapião; (8) O oficial do registro de imóveis fica obrigado a promover a conciliação das partes, caso seja apresentada impugnação ao pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião por qualquer um dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, por ente público ou por terceiro interessado; (9) O oficial do registro de imóveis remeterá os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel somente após a conciliação infrutífera.

4.3 A usucapião administrativa como transformadora da realidade de Pasárgada

As normas do direito à moradia são de aplicação imediata, ou seja, tem eficácia plena. O Estado brasileiro tem a obrigação, assim, de adotar as políticas, ações e demais medidas compreendidas e extraídas da Constituição Federal para assegurar e tornar efetivo esse direito, em especial aos que se encontram no estado de pobreza e miséria. Não significa, todavia, prover e dar habitação para todos os cidadãos, mas sim construir políticas públicas que garanta o acesso de todos ao mercado habitacional, constituindo planos e programas habitacionais com recursos públicos e privados para os segmentos sociais que não têm acesso ao mercado e vivem em condições precárias de habitabilidade e situação indigna de vida⁴⁴⁹.

No verão de 1970, o sociólogo português Boaventura de Sousa Santos fez uma pesquisa de campo cujo estudo constituiu uma tese de doutoramento apresentada na Universidade de Yale e intitulada *Law Against Law: Legal Reasoning in Pasargada Law*. O estudo sociológico⁴⁵⁰ foi sobre as estruturas jurídicas internas de uma comunidade no Rio de Janeiro, que recebeu o nome fictício⁴⁵¹ de Pasárgada.

No caso de Pasárgada, segundo o sociólogo, era possível detectar a vigência não-oficial e precária de um direito interno e informal e aplicável à prevenção e resolução de conflitos no seio da comunidade em decorrência da luta pela habitação, gerido especialmente pela associação de moradores. O direito não-oficial vigorava em paralelo com o direito oficial e entre os dois direitos havia uma relação de pluralismo jurídico bastante complexa em que esta duplicidade jurídica fomentava estruturalmente a ordem jurídica de Pasárgada.

No estudo de campo, o pesquisador observou que os moradores de Pasárgada não recorriam aos tribunais para a resolução dos conflitos, pois sabiam que a comunidade era “ilegal à luz do direito oficial, quer quanto à ocupação da terra, quer quanto aos barracos que nela se iam construindo”, daí que era inútil recorrer ao direito oficial porque os

⁴⁴⁹ SAULE JUNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Sergio Antonio Fabris editor: Porto Alegre, 2004, p. 182-183.

⁴⁵⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada**. 1974. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura_pasargada_passar.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2016.

⁴⁵¹ Boaventura fez sua pesquisa de campo na favela do Jacarezinho, mas usou o nome fictício de Pasárgada para ocultar a identidade da comunidade e protegê-la dos órgãos de repressão.

“tribunais têm que seguir o código”, e pelo código os moradores não tinham nenhum direito.

A finalidade do direito à moradia é fruto da combinação dos valores da dignidade da pessoa humana e da vida, isto é, toda pessoa tem o direito a um padrão de vida adequado. E a moradia, para ser classificada como adequada, precisaria englobar segurança jurídica da posse, disponibilidade de serviços e infraestrutura, custos da moradia acessível, habitabilidade, acessibilidade e localização e adequação cultural⁴⁵².

Muitos fatores favorecem o loteamento informal, em desconformidade com as regulamentações legais, dentre eles, o êxodo rural sem qualquer planejamento do Poder Público. O êxodo rural ocorreu de forma mais rápida do que imaginado e, dentre outros fatores que o influenciaram, podem ser citados o Estatuto Rural (Lei nº 4.214/63) e a Lei nº 5889/73 que instituiu norma reguladora do trabalho rural. Os proprietários rurais, inseguros quanto aos efeitos jurídicos, demitiram parte significativa dos seus empregados, passaram a explorar a pecuária, em vez do plantio de culturas variadas, com menor risco na seara trabalhista, e desfizeram-se das casas dos colonos ou empregados; além disso, outro fator que pode explicar o êxodo rural é o acesso às escolas para os filhos e o conforto do centro civilizado⁴⁵³.

O processo de urbanização das cidades no Brasil, iniciado na década de 30 e com seu auge 40 anos depois, em virtude do histórico brasileiro de implantação de um planejamento urbano elitista e muito técnico na maioria das cidades, caracterizou-se pela multiplicação de processos informais de desenvolvimento urbano⁴⁵⁴.

A urbanização é um fenômeno que não foi planejado e, se há algumas décadas, a maior parte dos brasileiros morava no campo, atualmente, em torno de 90% da população mora na cidade, com parte considerável morando em favelas, loteamentos irregulares, cortiços, conjuntos impróprios para servir de residência digna e outros tipos de assentamentos e, ainda pior, grande parte destas “residências” ocupam áreas que seriam destinadas a praças, jardins e parques públicos⁴⁵⁵.

⁴⁵² SAULE JUNIOR, Nelson. Op. cit., 2004, p. 133.

⁴⁵³ FUKASSAWA, Fernando. Op. cit., 2013, p. 25.

⁴⁵⁴ AMBROSIO, Rafael Paulo. **Acesso à terra urbana e informalidade** – Vila Progresso e o aluguel de chão. 2013. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 40.

⁴⁵⁵ NALINI, José Renato. Perspectivas da regularização fundiária. In: LEVY, Wilson; NALINI, José Renato (Coord.). Op. cit., 2014, p. 3.

Nesse sentido, conforme estatísticas realizadas pelo 5º Registro de Imóveis de São Paulo, na cidade de São Paulo, 60% dos imóveis localizados na área central estão em situação irregular, o que ilustra que a irregularidade fundiária no Brasil não atinge apenas a população de baixa renda ou apenas áreas de poucas cidades, ao contrário, é um problema multifatorial que se espalha indistintamente por segmentos sociais diversos e exige uma abordagem multidisciplinar⁴⁵⁶.

A irregularidade fundiária traz severas consequências econômicas e ao desenvolvimento econômico. À econômica, porque o imóvel acaba sendo subutilizado, já que é usado apenas com fins residenciais ou eventualmente um pequeno comércio, pois, por se tratar de mera posse, não pode ser objeto de garantia de negócios jurídicos e, assim, inviabiliza reformas e acréscimos com recursos bancários; ao desenvolvimento econômico, porque sem a titulação formal, os imóveis equiparam-se a bens fora do comércio, prejudicando investimentos que repercutiriam nas transações comerciais, promovendo o desenvolvimento econômico da região em que estão situados⁴⁵⁷.

O problema dos loteamentos sem autorização do Poder Público, tanto os clandestinos quanto os irregulares, é tratado pelos gestores públicos através das políticas de fiscalização da ocupação do solo urbano que, infelizmente, tem-se mostrado ineficiente, em virtude não só da carência de funcionários, equipamentos, processos de gestão adequados à tarefa e da limitação da competência municipal na punição aos agentes sociais promotores da informalidade, mas também da ausência de alternativas de moradia para a população de baixa renda⁴⁵⁸.

O processo de planejamento e gestão urbana, inicialmente, foi marcado pela falta de critérios jurídicos, pela ausência de uma vertente mais realista dos problemas urbanos e pela pouca participação popular nos processos decisórios da gestão urbana, sendo certo que a Constituição de 1988 rompeu estes paradigmas ao reconhecer os princípios da autonomia do governo municipal, da gestão democrática das cidades, do direito social da moradia, da

⁴⁵⁶ FERRAZ, Patrícia André de Camargo. Regularização fundiária e desenvolvimento econômico sustentado: Novos instrumentos jurídicos para regularização de terras urbanas. Alternativas de custeio. In: LEVY, Wilson; NALINI, José Renato (Coord.). **Regularização fundiária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 129.

⁴⁵⁷ Ibidem, p. 130.

⁴⁵⁸ LAHR, Helena. A lógica perversa da irregularidade/regularização dos loteamentos clandestinos ou irregulares. In: LEVY, Wilson; NALINI, José Renato (Coord.). **Regularização fundiária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 293.

função social da propriedade urbana, do combate à especulação imobiliária e o direito à regularização fundiária de assentamentos informais consolidados⁴⁵⁹.

Para a Lei nº 11.977/09, artigo 46, a regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

À evidência, de um lado, as finalidades da regularização fundiária são (a) regularizar o assentamento e (b) titular os possuidores, de outro, os resultados esperados são (a) garantir o direito social à moradia, (b) garantir o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e (c) garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado⁴⁶⁰.

A regularização fundiária de interesse social é um dos instrumentos aptos a concretizar o direito humano à moradia adequada, além de fazer valer o direito à dignidade humana por meio de procedimento que permite integrar as dimensões social, urbanística, jurídica, ambiental e registraria⁴⁶¹.

É engano achar que a regularização fundiária beneficia apenas o hipossuficiente, sem dúvida o maior destinatário, pois ela pode se prestar a regularizar bairros e loteamentos ocupados por família de renda alta ou média, desde que estejam em desacordo com a lei, enfim, existem duas espécies de regularização fundiária: a de interesse social, voltada a regularizar assentamentos irregulares ocupados pela população de baixa renda, e a de interesse específico, que se destina a assentamentos irregulares não enquadrados como de interesse social⁴⁶².

A regularização fundiária consiste, na visão tradicional, no conjunto de medidas que visam a regularização civil do imóvel, relacionando-se com o direito de propriedade, materializado pelo registro na matrícula na serventia imobiliária, mas, antes disso, é um

⁴⁵⁹ AMBROSIO, Rafael Paulo. Op. cit., 2013, p. 40.

⁴⁶⁰ GÓES, Renato Guilherme. Regularização fundiária urbana: polêmicas e controvérsias. In: LEVY, Wilson; NALINI, José Renato (Coord.). **Regularização fundiária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 266.

⁴⁶¹ BENACCHIO, Marcelo; CASSETTARI, Denis. Regularização fundiária urbana como efetivação do direito humano à moradia adequada. In: LEVY, Wilson; NALINI, José Renato (Coord.). Op. cit., 2014, p. 68.

⁴⁶² NALINI, José Renato. Perspectivas da regularização fundiária. In: LEVY, Wilson; NALINI, José Renato (Coord.). Op. cit., 2014, p. 6.

instrumento jurídico da política urbana que deve ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes⁴⁶³.

Os variados instrumentos (informativos, estimuladores, inibidores, coercitivos) devem estar em harmonia com o espírito de serventia do planejamento e da gestão urbanos aos objetivos finais, que são a melhoria da qualidade de vida da população e de promover justiça social, tudo isto sobre o fundamento de conquistas cada vez maiores de autonomia coletiva e individual⁴⁶⁴.

À evidência, a regularização fundiária abrange o saneamento das deficiências de titulação e o saneamento das diversas informalidades decorrentes de violação das normas cogentes referentes ao uso, ocupação e parcelamento do solo, ou à edificação e reformas do prédio⁴⁶⁵.

O divisor de águas da regularização fundiária foi, sem dúvida, a previsão da usucapião especial urbana e a concessão de uso para fins de moradia na Constituição de 1988, mais precisamente no capítulo sobre política urbana⁴⁶⁶. Com vistas à regularização fundiária dos aglomerados humanos urbanos, foram editadas as Leis nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade) e 11.977/09 (Programa Minha Casa, Minha Vida) que visam reconhecer o direito de propriedade aos titulares da ocupação irregular⁴⁶⁷.

Os preceitos da Constituição de 1988 foram consolidados pelo Estatuto da Cidade, quando foram regulamentados vários instrumentos destinados para a regularização fundiária de áreas públicas e particulares, garantindo o cumprimento da função social da propriedade, dentre os quais, destacam-se a usucapião especial urbana, a concessão de direito real de uso e o direito de superfície⁴⁶⁸.

Portanto, como o retorno ao *statu quo ante* é impossível ou de difícil execução, uma vez que importa na realocação dos moradores em casas próprias, a melhor solução é a regularização fundiária⁴⁶⁹.

⁴⁶³ CASTANHEIRO, Ivan Carneiro. Regularização fundiária urbana: Fundamentos, aspectos práticos e propostas. In: LEVY, Wilson; NALINI, José Renato (Coord.). Op. cit., 2014, p. 109.

⁴⁶⁴ SOUZA, Marcelo Lopes de. Op. cit., 2015, p. 319.

⁴⁶⁵ AMADEI, Vicente de Abreu. Concessão de uso especial para fins de moradia e concessão de direito real de uso. In: LEVY, Wilson; NALINI, José Renato (Coord.). Op. cit., 2014, p. 205.

⁴⁶⁶ GALMACCI, Thanyelle. Op. cit., 2012, p. 54.

⁴⁶⁷ BENACCHIO, Marcelo; CASSETTARI, Denis. Regularização fundiária urbana como efetivação do direito humano à moradia adequada. In: LEVY, Wilson; NALINI, José Renato (Coord.). Op. cit., 2014, p. 49.

⁴⁶⁸ AMBROSIO, Rafael Paulo. Op. cit., 2013, p. 42.

⁴⁶⁹ FUKASSAWA, Fernando. Op. cit., 2013, p. 36.

No contexto da regularização fundiária, é muito relevante a busca pela segurança jurídica da posse, pois não existe moradia adequada sem uma mínima proteção pelo Direito daquela situação de fato.

Nesse sentido, para o Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no comentário nº 4, moradia adequada, dentro outros requisitos, é aquela que seus ocupantes têm um grau de segurança jurídica da posse que garanta a proteção legal contra despejos forçados, perseguição e outras ameaças.

É bastante antiga a discussão entre posse e propriedade. Em poucas palavras, pode-se dizer que a primeira é mera situação de fato, enquanto a segunda é direito fundamental que deve ser exercido em benefício da coletividade, já que o direito de propriedade deve cumprir uma função social.

As teorias da posse sempre despertaram muitas discussões, assim como a natureza jurídica da posse, origem, a distinção da posse com a detenção, os efeitos e objeto da posse, sua classificação, desdobramento, modos de aquisição e perda, proteção possessória⁴⁷⁰.

A verdade é que a posse é poder de fato e tem início a partir do exercício de fato de algum poder do domínio, enquanto a propriedade é poder de direito que só se adquire por um título justo e conforme o direito⁴⁷¹.

De pouca valia tem a propriedade sem a posse, a propriedade sem a posse seria um tesouro sem a chave para abri-lo ou uma árvore frutífera sem a escada que atingisse os frutos⁴⁷². Por outro lado, a posse prolongada – com intenção de dono e outros requisitos – pode conduzir o possuidor a adquirir a propriedade pela usucapião, pois usucapião é modo de aquisição da propriedade pela posse prolongada, por isso que não há usucapião sem posse⁴⁷³.

Posse com segurança jurídica é aquela que o morador tem proteção legal para viver com dignidade, segurança e paz; ao contrário, na irregularidade fundiária, famílias vivem sob temor e ameaças de despejo, o que impede melhor planejamento familiar e

⁴⁷⁰ Apesar de relevantes, estes pontos não serão abordados com profundidade, já que fugiria do escopo proposto no presente trabalho.

⁴⁷¹ FULGÊNCIO, Tito. **Da posse e das ações possessórias**, v. I. 9. ed. revista e atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 12.

⁴⁷² IHERING *apud* FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., 2009, p. 29.

⁴⁷³ FULGÊNCIO, Tito. Op. cit., 1999, p. 15.

investimentos na melhora da habitação⁴⁷⁴. Sem dúvida, a posse com segurança jurídica pode ser concretizada através da regularização fundiária.

Mas o instituto da regularização fundiária deve ser utilizado não só para o enfrentamento da questão da segurança da posse, mas também para o devolvimento pleno das cidades, por ser materialização do direito à moradia digna e ter natureza de política pública e de instrumento jurídico⁴⁷⁵. Em outras palavras, a regularização fundiária objetiva o reconhecimento da segurança individual ou coletiva da posse e também a integração socioespacial do assentamento irregular⁴⁷⁶.

Algumas providências são indispensáveis para que todos tenham condições de viver com qualidade de vida: dirigir as atividades e funções desempenhadas nas cidades no campo do desenvolvimento econômico, com a criação de áreas comerciais, industriais, de lazer, polos turísticos e culturais, implantação de empreendimentos imobiliários, implantação e preservação de parques e áreas verdes, coleta e tratamento de resíduos sólidos, trânsito e transporte público, urbanização de assentamentos informais, construção de habitações de interesse social, desenvolvimento de programas educacionais, de geração de renda e de trabalho⁴⁷⁷.

A combinação entre direito civil e direito urbanístico é perversa, pois condena uma boa parte da população das cidades brasileiras a uma condição de subcidadania, já que sua relação com a terra não é titulada e a ocupação está sempre desconforme com os preceitos urbanísticos⁴⁷⁸.

Os habitantes de Pasárgada, conforme a pesquisa de campo, viam os juízes e advogados como distantes das classes mais baixas para poder entender as necessidades e as aspirações dos pobres, além disso, os serviços profissionais dos advogados eram muito caros e, lamentavelmente, esta ainda é a realidade das cidades informais, não regularizadas à luz do direito formal, oficial⁴⁷⁹.

Nesse contexto, a usucapião administrativa pode ser um instrumento muito eficiente para garantir a segurança jurídica da posse, já que pode converter a posse

⁴⁷⁴ SAULE JÚNIOR, Nelson; CARDOSO, Patrícia de Menezes. **O direito à moradia no Brasil** – relatório da missão conjunta da relatoria nacional e da ONU 29 de maio a 12 de junho de 2004 – Violações, Práticas positivas e Recomendações ao Governo Brasileiro. São Paulo: Instituto Pólis, 2005, p. 33.

⁴⁷⁵ GALMACCI, Thanyelle. Op. cit., 2012, p. 55.

⁴⁷⁶ AMBROSIO, Rafael Paulo Op. cit., 2013, p. 41.

⁴⁷⁷ SAULE JUNIOR, Nelson. Op. cit., 2004, p. 221.

⁴⁷⁸ PIMENTEL, Fabricio Andrade Ferreira Girardin. **O registro da sentença de usucapião coletiva**. 2010. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009, p. 63.

⁴⁷⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. cit., 2016, p. 7.

prolongada em propriedade, e também meio eficaz para a efetivação da realidade social, transformando-a, regularizando situações de fato consolidadas, mas juridicamente inseguras, em propriedade regular e formal.

Na usucapião administrativa, na esteira da desjudicialização, não haverá contato com tribunais, mas em serventias extrajudiciais. A participação de advogados é indispensável, mas, não havendo condições do pagamento dos honorários, defensores públicos gratuitos podem exercer o encargo com dignidade e eficiência.

À evidência, há um pluralismo jurídico na área imobiliária, haja vista a enorme quantidade de contratos de gaveta, negócios verbais ou escrituras públicas não registradas. A usucapião pode ser instrumento eficiente de oficializar esse direito não-oficial, trazendo a informalidade e a insegurança para dentro do direito oficial, formal, permitindo os habitantes terem acesso ao crédito imobiliário, publicidade da propriedade formal, segurança jurídica, serviços públicos, tais como água, esgoto, luz elétrica, pavimentação, dentre outros.

Enfim, a usucapião administrativa pode transformar a realidade das cidades informais, a exemplo de Pasárgada do pesquisador português, repercutindo no direito social à moradia e na vida digna dos habitantes dos imóveis irregulares, repercutindo, até mesmo, no ideal de liberdade que, em seu sentido literal, significa a capacidade que cada cidadão possui de ter a sua concepção sobre a vida digna e de buscar a realização dos objetivos por ela fixados, sem interferências impeditivas externas⁴⁸⁰.

4.4 A usucapião de bens públicos

Inicialmente, importante esclarecer que não há que confundir domínio eminente com domínio público patrimonial, que designa uma relação especial desta entidade sobre determinados bens – os bens públicos – conceituados como aqueles que estão sob sua direta e mais ampla disposição para atender, efetiva ou potencialmente, a finalidades públicas⁴⁸¹.

O domínio eminente refere-se ao poder político que permite ao Estado, de forma geral, submeter todos os bens situados em seu território à sua vontade, daí que não tem

⁴⁸⁰ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2013, p. 146.

⁴⁸¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., 2014, p. 470.

qualquer relação com o domínio patrimonial, mas decorrente de sua própria soberania, ou seja, significa dizer que o Estado tem disponibilidade potencial, em razão de seu poder soberano, sobre todos os bens e não que seja proprietário de todos os bens⁴⁸².

O domínio eminente incide sobre todos os bens que constituem o território do Estado ou que a ele se integrem ou se lhe adiram, em decorrência da sua soberania, mas se manifesta diferentemente sobre cada uma das três referidas categorias de bens: os bens públicos, os bens privados e os bens de ninguém, ou *res nullius*⁴⁸³.

Isto posto, no direito brasileiro, a primeira classificação metódica dos bens públicos, ainda hoje utilizada, foi feita pelo Código Civil de 1916, que adotou terminologia própria, divisão tripartite, peculiar ao direito brasileiro, não seguindo o modelo estrangeiro, onde é mais comum a bipartição dos bens públicos, e no artigo 66 distinguia-os em bens de uso comum do povo, os de uso especial, os dominicais⁴⁸⁴.

O Código Civil de 2002 manteve a divisão tripartite e diz que os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno são bens públicos, enquanto, por exclusão, todos os outros bens são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem⁴⁸⁵.

Desde já deve ser tratada como incorreta a posição de quem defende a usucapião de bens público com base na Lei nº 11.977/09 – “Programa Minha Casa, Minha Vida”. O artigo 60 da referida lei prevê a conversão da legitimação da posse em registro de propriedade, “tendo em vista sua aquisição por usucapião, na forma do art. 183 da Constituição Federal”. Contudo, este dispositivo não autoriza – e nem poderia – a usucapião em bens públicos. O texto legal, na verdade, trata-se de uma grande confusão sobre o tema, já que, na hipótese, não há usucapião, nem o autoriza o artigo 183 da Constituição Federal, ao contrário, a aquisição da propriedade decorreria da autorização legal expressa⁴⁸⁶.

Ademais, entre os administrativistas, conceito apresentado pelo legislador civil não é aceito por todos os autores, ao contrário, é possível agrupar as diferentes opiniões sobre o alcance do conceito de bens públicos em algumas correntes principais: exclusivista, inclusivista e mista⁴⁸⁷.

⁴⁸² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., 2015, p. 1180.

⁴⁸³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., 2014, p. 469.

⁴⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 725.

⁴⁸⁵ Código Civil, artigo 98.

⁴⁸⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., 2015, p. 1196.

⁴⁸⁷ MAZZA, Alexandre. Op. cit., 2014, p. 541.

Para a corrente exclusivista, o conceito de bens públicos deve estar necessariamente vinculado à ideia de pertencerem ao patrimônio de pessoas jurídicas de direito público e é a concepção explicitamente adotada pelo Código Civil. É alvo de críticas porque exclui do conceito de bens públicos aqueles pertencentes às empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, bem como os de propriedade das concessionárias e permissionárias afetados à prestação de serviços públicos, assim, não explica a negativa da impenhorabilidade dos bens afetados à prestação de serviços públicos, corolário do princípio da continuidade do serviço público⁴⁸⁸.

Nesse sentido, há na literatura administrativista quem defenda a aplicação da legislação civil, entendendo que o Código Civil vigente dissipou quaisquer dúvidas a respeito, dispondo que são públicos os bens pertencentes a pessoas jurídicas de direito público e particulares todos os demais, seja qual for a pessoa a que pertencerem. Por conseguinte, se aquelas entidades têm personalidade jurídica de direito privado, seu patrimônio há de caracterizar-se como privado⁴⁸⁹.

Por outro lado, para a corrente inclusivista, são bens públicos todos aqueles que pertencem à Administração Pública direta e indireta, mas peca por não tornar clara a diferença de regime jurídico entre os bens afetados à prestação de serviços públicos e aqueles destinados à simples exploração de atividades econômicas, como os que fazem parte do patrimônio das empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica⁴⁹⁰.

Evidentemente, os bens públicos não são sujeitos à usucapião. Aparentemente, sobre esse ponto, não restam dúvidas e não podem ser usucapidos os bens da União, estados, municípios, autarquias e fundações públicas de direito público. Neste sentido, existem disposições expressas da Constituição Federal⁴⁹¹, do Código Civil⁴⁹² e precedentes jurisprudenciais⁴⁹³.

⁴⁸⁸ Idem.

⁴⁸⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., 2015, p. 532.

⁴⁹⁰ MAZZA, Alexandre. Op. cit., 2014, p. 541.

⁴⁹¹ Artigo 183, § 3º: Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Artigo 191, parágrafo único: Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

⁴⁹² Artigo 102: Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.

⁴⁹³ Súmula 340 do Supremo Tribunal Federal: Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.

A imprescritibilidade dos bens públicos proíbe também a aquisição de direitos reais sobre eles pelo decurso do tempo, impedindo qualquer interferência na afetação de tais bens ao interesse público por força de posse prolongada dos particulares⁴⁹⁴.

As dúvidas persistem, todavia, em relação aos bens que pertencem às sociedades de economia mista, empresas públicas e concessionárias de serviço público.

Há quem entenda que os bens das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado devem ser caracterizados como bens privados, isto porque, o fator que deve preponderar na referida classificação é o de que as entidades têm personalidade jurídica de direito privado e, embora vinculadas à Administração Direta, atuam normalmente com a maleabilidade própria das pessoas privadas⁴⁹⁵.

Essa análise, porém, é incompleta, já que não leva em consideração se as empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionárias de serviços públicos e fundações públicas de direito privado exercem atividade econômica ou se são prestadoras de serviço público.

Nesse contexto, a corrente mista adota um ponto de vista intermediário e considera se se trata de atividade econômica ou de prestação de serviços públicos, já que considera como bens públicos todos os que pertencem a pessoas jurídicas de direito público, bem como os que estejam afetados à prestação de um serviço público⁴⁹⁶.

Ocorre que as empresas públicas e as sociedades de economia mista que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários⁴⁹⁷. A *contrario sensu*, aquelas que prestam serviço público se submetem ao regime jurídico próprio das pessoas jurídicas de direito público.

Enfim, os bens de uma sociedade de economia mista ou empresa pública que realizam atividade econômica podem ser atingidos pela usucapião decorrente da sua natureza de pessoa jurídica de direito privado que realiza atividade econômica, enquanto os bens das empresas públicas ou sociedades de economia mista prestadoras de serviço público e que estejam afetados a essa finalidade são considerados bens públicos.

Por fim, há entendimento minoritário que entende ser equivocada a impossibilidade absoluta da usucapião sobre bens públicos por ofensa ao valor da função social da posse e,

⁴⁹⁴ HORBACH, Carlos Bastide. Diretrizes gerais. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes; MEDAUAR, Odete (Coord.). **Estatuto da cidade**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 157.

⁴⁹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., 2015, p. 1183.

⁴⁹⁶ MAZZA, Alexandre. Op. cit., 2014, p. 541.

⁴⁹⁷ Constituição Federal, artigo 173, II.

em última instância, ao próprio princípio da proporcionalidade. Sugerem que os bens públicos poderiam ser divididos em materialmente e formalmente públicos. Estes seriam aqueles registrados em nome da pessoa jurídica de Direito Público, porém excluídos de qualquer forma de ocupação, seja para moradia ou exercício de atividade produtiva. Por sua vez, os bens materialmente públicos seriam aqueles aptos a preencher critérios de legitimidade e merecimento, postos dotados de alguma função social. Em outras palavras, sendo o bem apenas formalmente público, seria possível a usucapião, satisfeitos os demais requisitos; sendo formal e materialmente público, haveria óbice à usucapião⁴⁹⁸.

4.5 A consensualidade na usucapião administrativa e o silêncio constitutivo

Um enunciado pode ser lido de outra forma, seja porque está exposto ao equívoco da língua, seja porque todo enunciado, linguisticamente, oferece lugar à interpretação, o que demonstra que toda conversa – que pode ser de um simples pedido de informação até uma discussão ou debate – pode admitir a interpretação do enunciado de forma distinta, com outro sentido, o “discurso-outro”; enfim, é importante, para mostrar que todo enunciado pode admitir um outro (“discurso-outro”), expor que há relação entre linguagem e ideologia, uma vez que não há sujeito sem ideologia e não há discurso sem sujeito, logo, todo discurso tem uma carga ideológica⁴⁹⁹.

O sentido das proposições que exprimem o direito positivo não está em si mesmo, o sentido não está fechado no texto, o direito positivo não pode ser procurado tão-somente no interior do direito, até porque, se fosse assim, seria errado qualquer recurso que a interpretação fizesse a elementos estranhos ao texto legislativo: legitimam-se, assim, comportamentos formalísticos, já que o sentido do texto estaria fechado em si mesmo⁵⁰⁰.

Não há coincidências entre a ordem do discurso e a ordem das coisas, pois, comumente, uma mesma coisa pode ter diferentes sentidos para os sujeitos, manifestando, destarte, a relação contraditória da materialidade da língua e a da história⁵⁰¹.

⁴⁹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., 2015, p. 342.

⁴⁹⁹ PêCHEUX, Michel. Op. cit., 2008, p. 53.

⁵⁰⁰ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., 2002, p. 66.

⁵⁰¹ ORLANDI, Eni Puccinelli. **As formas do silêncio**: no movimento dos sentidos. 6. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2007, p. 21.

O ordenamento jurídico não pode prescindir da análise da realidade da sociedade na sua história local e universal, de maneira a permitir a individualização do papel e do significado da juridicidade na unidade e na complexidade do fenômeno social⁵⁰².

Nessa perspectiva, a consensualidade na usucapião administrativa é uma questão que merece abordagem criteriosa, já que o proprietário do imóvel objeto da usucapião deverá assinar na planta e no memorial descritivo, documentos que devem acompanhar necessariamente o pedido de reconhecimento da aquisição da propriedade.

A usucapião administrativa ou extrajudicial foi, aparentemente, tratada pelo legislador como uma espécie de negócio jurídico consensual, ao exigir a assinatura do proprietário e dos titulares de direitos reais sobre o imóvel na planta e no memorial descritivo. Em outras palavras, um instituto com característica negocial.

Não obstante, na eventualidade da planta – que deve ser apresentada ao serviço imobiliário acompanhando o pedido de reconhecimento da usucapião – não contiver a assinatura do proprietário ou de qualquer titular de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, o registrador deverá providenciar a notificação para que consentam expressamente, sendo que o silêncio deverá ser tido como discordância (artigo 216-A, § 2º⁵⁰³).

À evidência, estas duas características – consensualidade e interpretação do silêncio dos titulares de direitos reais como discordância – podem prejudicar a eficácia do instrumento como medida que democratiza o acesso à Justiça e à ordem jurídica justa e efetivadora da função social da propriedade.

Não se duvida de que as leis e atos normativos, como os atos do Poder Público em geral, desfrutam de presunção de validade, uma vez que atuam sob a legitimidade democrática dos agentes públicos eleitos, no dever de promoção do interesse público e no respeito aos princípios constitucionais, inclusive e, sobretudo, os que regem a Administração Pública, tratando-se de presunção *iures tantum*, que admite prova em

⁵⁰² PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., 2002, p. 1.

⁵⁰³ Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, esse será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar seu consentimento expresso em 15 (quinze) dias, interpretado o seu silêncio como discordância.

contrário; portanto, a presunção de constitucionalidade é uma decorrência do princípio da separação dos Poderes e funciona como fator de autolimitação da atuação judicial⁵⁰⁴.

Há quem defenda a alteração da lei neste ponto, sob o argumento de que quem recebe notificação e se mantém omissivo no prazo para impugnar demonstra não ter interesse algum, senão, o faria no prazo ao verificar afronta ao seu direito, não se calaria, impugnaria a pretensão. Daí que o silêncio deveria fazer presumir a concordância, prestigiando a boa-fé⁵⁰⁵.

Contudo, apesar de recomendável, a alteração legislativa é desnecessária, desde que se interprete o instituto da usucapião administrativa dentro de seus contornos doutrinários, históricos, jurisprudenciais e contextuais.

Afinal, o sentido de um elemento é distinto do sentido de toda a estrutura, o que justifica a necessidade, metodológica e hermenêutica, de interpretar o texto em seu contexto, a sistemática de um texto jurídico exige a individuação do contexto do significado⁵⁰⁶.

Em primeiro lugar, pode-se demonstrar que a usucapião não é negócio jurídico, mas ato-fato jurídico, logo, por essência, dispensa a manifestação de vontade do titular do direito real.

Nesse sentido, o ato-fato jurídico distingue-se do ato jurídico em sentido estrito – quando a autonomia da vontade não exercer influência nos efeitos decorrentes, cujo efeito se produz *ex lege*, sem considerar a vontade do agente –, e do negócio jurídico – o resultado depende da vontade (*ex voluntate*)⁵⁰⁷, a manifestação da vontade tem finalidade negocial.

O consenso, elemento essencial ao contrato, é o encontro de duas declarações de vontade, que partindo de dois sujeitos diversos e legalmente capazes se dirigem a um fim comum, fundindo-se, devendo o consentimento ser válido e sério em estabelecer entre si uma relação contratual⁵⁰⁸.

⁵⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 335.

⁵⁰⁵ BRANDELLI, Leonardo. Op. cit., 2016, p. 133.

⁵⁰⁶ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., 2002, p. 68.

⁵⁰⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., 2015, p. 499.

⁵⁰⁸ RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**, v. 3: direito das obrigações e direito hereditário. Atualizado por Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999, p. 322.

O consenso tem como pressuposto essencial que haja uma dupla declaração e que esta implique que duas pessoas, movidas por interesses particulares e eventualmente também opostos, mas tendentes ao fim comum de estabelecer a relação jurídica⁵⁰⁹.

O ato-fato jurídico pressupõe um ato humano, mas os seus efeitos decorrem por conta da norma, pouco interessando se houve, ou não, vontade em sua prática, isto é, o ato-fato é um ato humano no qual a vontade inexistente (ao menos dirigida no sentido de produzir determinados efeitos) ou, se existe, não é necessário considerar o seu conteúdo, uma vez que os efeitos decorrerão independentemente dela; em outras palavras, o ato-fato jurídico não tem a vontade como um dos seus elementos. Como exemplos de ato-fato jurídico podem ser citados a prescrição e a decadência, aliás, chamados de atos-fatos caducificantes, uma vez que correspondem a situações que constituem fatos jurídicos, cujo efeito consiste em extinguir direitos⁵¹⁰. No caso da prescrição aquisitiva – usucapião –, um ato-fato jurídico que extingue a propriedade do antigo titular.

Em segundo, usucapião é aquisição originária e não aquisição derivada, daí que dispensa o consenso porque não é negócio jurídico, mas aquisição originária, não se aplicando, destarte, à usucapião o princípio do consensualismo, pois contrato não é.

Não há liame, por menor que seja, entre a posse reconhecida *ex novo* e o direito do antigo titular, sendo necessário para a configuração apenas a análise da posse atual: perfeita esta, constituída está a usucapião, na realidade de fato⁵¹¹.

Na usucapião não se adquire de alguém; o fato principal é a posse, que é suficiente para adquirir originariamente; não, para se adquirir de alguém; tanto que é provável que o novo direito tenha começado a se formar antes que o velho se extinguisse, até o momento em que o velho direito não pode mais subsistir, sendo suplantado pelo novo direito, não sendo possível, então, a coexistência, não havendo nenhum ponto de continuidade entre os dois. Não há, tampouco, nenhuma relação entre o perdente do direito de propriedade e o usucapiende⁵¹².

A usucapião, por conceito, dispensa o consenso porque a propriedade é adquirida quando preenchidos os requisitos legais, pois o reconhecimento da usucapião não é constitutivo, mas declaratório.

⁵⁰⁹ Ibidem, p. 323.

⁵¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., 2015, p. 496.

⁵¹¹ RIBEIRO, Benedito Silvério. Op. cit., 1998, p. 160.

⁵¹² MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**: ações declarativas, tomo II. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998, p. 227.

Na usucapição, por se tratar de aquisição originária, não há ato de vontade, ao contrário da compra e venda, permuta, dação em pagamento, enfim, das alienações em geral que tem como pressuposto a volição.

Se razão tivessem aqueles que defendem a usucapição como modo de aquisição derivado, todo imóvel usucapiendo teria um primitivo proprietário, o que seria difícil provar quando ausente, incerto ou desconhecido, ou ainda quando não figurasse transcrito no registro imobiliário; enfim, juridicamente encarada a situação, em se tratando de modo derivado, teria o usucapiende que comprovar que o antecessor era dono da coisa e que esta sempre foi do domínio daqueles que também foram proprietários anteriormente, o que constituiria sério e invencível encargo⁵¹³.

O fundamento da usucapição reside no fato de que a sociedade não tolera direitos sonolentos, senão até o momento em que não lhe surge do seio alguém que os queira acordar; que o proprietário não demarque o seu campo, não o cerque, nem o are, ou alqueire e plante, nem por isso diminui num ápice e potencialidade do seu direito. Até aqui, ainda que esta atitude dure cinquenta anos, não basta para fazê-lo perder a propriedade porque a sociedade não tem interesse nenhum em impor uma pena sem um ganho correspondente, e aqui perderia o proprietário, mas ninguém ganharia. Porém, ante a inatividade jurídica do proprietário, se surge a atividade social do usurpador (usucapiende), cria-se então uma situação de fato contrária ao direito, e entre os dois a luta se trava. Do lado do usurpador está o fato que diz – trabalho, produção e vida! Do lado do proprietário inerte está o direito, que murmura – ócio, esterilidade e morte. Evidentemente, se esta situação se prolonga por um certo lapso de tempo, a atividade social, encarnada no possuidor com *animus domini* domina a inércia jurídica do proprietário, e o que era apenas fato ascende à dignidade de direito⁵¹⁴.

O terceiro argumento é que o reconhecimento da usucapição não é constitutivo, mas meramente declaratório. O usucapiende não adquire a propriedade quando seu direito é reconhecido, mas quando preenche os requisitos legais.

Na usucapição administrativa não haverá, por óbvio, uma sentença declaratória, mas o reconhecimento da propriedade pelo oficial do registro imobiliário será declaratório tanto quanto em uma ação declaratória.

⁵¹³ RIBEIRO, Benedito Silvério. Op. cit., 1998, p. 160.

⁵¹⁴ PEREIRA, Virgílio de Sá. Op. cit., 2007, p. 190.

Nesse sentido, é certo que as ações declarativas têm como elemento predominante dizer que algo existe ou não existe; sim ou não; é estabelecer-se a certeza no mundo jurídico, seja para se dar por certa a existência da relação jurídica ou a autenticidade do documento, seja para se dar por certo que a relação jurídica não existe ou que o documento é falso. O enunciado existencial é ou não é⁵¹⁵.

O registro da usucapião tem efeitos que concernem ao próprio registro ou à publicidade, não é a partir do registro que começa a nova propriedade que deve ser entendida como a titularidade, ou no tempo, a única titularidade, porque a coisa sem dono pode ser usucapida – é anterior à sentença que a declara⁵¹⁶.

Enfim, o delegatário do serviço público, na usucapião extrajudicial, irá meramente declarar a aquisição da propriedade do usucapiente, dar como certa a relação jurídica, a titularidade do bem. O oficial do registro imobiliário não irá transferir a propriedade do bem. Não há transmissão, mas reconhecimento de que uma relação jurídica foi extinta porque outra nasceu.

Como exposto, na usucapião não se adquire de alguém. É a posse o fato principal para se adquirir originariamente a propriedade. Não há continuidade e nem relação entre quem perde a propriedade e quem a adquire, tanto que o Supremo Tribunal Federal tem entendimento pacífico de que não há incidência do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis Inter-Vivos (ITBI), previsto na Constituição Federal, no artigo 156, inciso II, na usucapião⁵¹⁷.

À evidência, na usucapião não há liame entre o possuidor *ad usucapionem* e o proprietário formal, não há qualquer negócio jurídico entre quem adquire e quem perde, mesmo porque a usucapião é ato jurídico, não se exigindo qualquer acordo de vontades. Em outras palavras, o instituto milenar da usucapião jamais exigiu a consensualidade.

Por outro lado, não causará surpresa a exigência das Fazendas Públicas – inclusive as estaduais em se tratando de usucapião ordinária em que o justo título apresentado seja uma escritura de doação – exigirem o recolhimento do tributo, por entenderem que a previsão legal de exigência do consenso do proprietário e de outros titulares de direitos

⁵¹⁵ MIRANDA, Pontes de. Op. cit., 1998, p. 23.

⁵¹⁶ Ibidem, p. 229.

⁵¹⁷ A ocupação qualificada e continuada que gera o usucapião não importa em transmissão da propriedade do bem. À legislação tributária é vedado "alterar a definição, o conteúdo e o alcance dos institutos, conceitos e formas de direito privado". Registro da sentença de usucapião sem pagamento do imposto de transmissão. Recurso provido, declarando-se inconstitucional a letra "h", inciso I, do artigo 1º da Lei nº 5.384/66, do Estado de Rio Grande do Sul." (STF. RE 94580/RS. Rel. Min. Djaci Falcão, Diário de Justiça de 30 de agosto de 1994.

reais para o reconhecimento da usucapião em cartório denota ato de transmissão, negócio jurídico tributável, e não usucapião na verdade.

Isso porque, é bastante comum o legislador nomear os tributos que institui de acordo com as características essenciais de que se revestem, chamando, por vezes, de taxa tributo, que constitui verdadeira contribuição, ou de contribuição, o que configura imposto. Tais equívocos de denominação podem decorrer da compreensão incorreta das diversas espécies tributárias ou mesmo para burlar exigências formais (lei complementar) e materiais (vinculação a determinadas bases econômicas), estabelecidas pelo texto constitucional. Daí por que a identificação da natureza jurídica específica de determinado tributo independe da denominação que lhe seja atribuída pelo próprio legislador, devendo ser feita com atenção aos seus traços essenciais, já que, conforme o artigo 4º⁵¹⁸ do Código Tributário Nacional, tanto a denominação como as demais características formais adotadas pela lei são irrelevantes para qualificar a espécie tributária⁵¹⁹.

Nesse sentido, para aplicar este critério legal, deve-se identificar a cada exação qual o seu fato gerador e, em seguida, indagar se este corresponde ou não ao conceito de fato gerador de imposto, de taxa ou de contribuição de melhoria. Logo após, abstraindo-se a denominação e demais características formais adotadas pela lei, bem como abstraindo-se a destinação do produto da arrecadação, o intérprete estaria habilitado a determinar a que espécie de tributo corresponderia a exação⁵²⁰.

Portanto, como na esfera tributária é irrelevante o *nomen juris* do instituto – usucapião – devendo ser observado o fato gerador – transmissão da propriedade –, diante da consensualidade como requisito da usucapião administrativa, as Fazendas Públicas poderão interpretá-la como fato gerador do tributo: Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) ou Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCD). Em outras palavras, a Fazenda Pública pode interpretar que o novo instituto não se trata de usucapião, mas negócio jurídico transmissor da propriedade imóvel e passível de tributação.

Em quarto, na usucapião administrativa, o silêncio do titular do direito real é abandono do direito de propriedade, descaso, inércia, indiferença.

⁵¹⁸ Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la: I - a denominação e demais características formais adotadas pela lei.

⁵¹⁹ PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário**: completo. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 37.

⁵²⁰ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 53.

Já se disse que o sentido do silêncio não é algo juntado, sobreposto pela intenção do locutor: há um sentido no silêncio que não para, ele muda de caminho; o silêncio atravessa as palavras, que existe entre elas, ou que indica que o sentido pode sempre ser outro, ou ainda que aquilo que é mais importante nunca se diz, todos esses modos de existir dos sentidos e do silêncio nos levam a colocar que o silêncio é “fundante”⁵²¹.

O silêncio é o não-dito visto do interior da linguagem, não é o nada, não é o vazio sem história, o silêncio não fala, o silêncio é, ele significa, ou melhor, o silêncio é significante.⁵²²

Sabe-se que não há obstáculos ao modo de manifestação pelo direito; regra geral, são admitidos todos os modos que, segundo o uso e o costume, constituem meio idôneo para tornar conhecido aos outros um desejo íntimo: a palavra, a escrita, os sinais, certos comportamentos e até o simples silêncio, quando exprima pensamento interno; em casos determinados, exige-se a declaração por uma forma preestabelecida⁵²³.

O silêncio, propriamente, é um fato ambíguo, que não autoriza por si só a tirar qualquer conclusão, mas é certo que, em determinadas circunstâncias, pode ser interpretado como manifestação de vontade⁵²⁴.

Deve-se concordar que a atitude omissiva, pura e simples do destinatário não tem qualquer valor jurídico, ou seja, o silêncio puro só vale se a lei assim o determinar, ou se vier acompanhado de outros fatores externos⁵²⁵.

Sem dúvida, essa é a hipótese da usucapião extrajudicial em que o silêncio do proprietário formal, combinado com outros fatores externos devem levar à conclusão que a inércia equivale à anuência.

À evidência, interpretar o silêncio como abandono, descaso, indiferença é consequência de uma série de acontecimentos pretéritos e não só pela ausência manifestação expressa no procedimento da usucapião extrajudicial, isto porque, *a priori*, o procedimento da usucapião extrajudicial tem início junto ao tabelião de notas, que irá lavrar uma ata notarial, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias.

⁵²¹ ORLANDI, Eni Puccinelli. Op. cit., 2007, p. 12-16.

⁵²² Ibidem, p. 23.

⁵²³ RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**, v. 1: introdução e parte geral. Atualizado por Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999, p. 322.

⁵²⁴ Ibidem, p. 324.

⁵²⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., 2005, p. 402.

Posteriormente, o usucapiente deverá apresentar, na serventia imobiliária, planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional; certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente; justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel.

De um lado, com esses documentos e certidões, não haverá dúvidas de que não existem ações contra o possuidor *ad usucapionem* que pudessem revelar qualquer tentativa de frustrar eventuais demandas judiciais em andamento. Em outras palavras, nem o proprietário tabular nem qualquer titular de direito real, ainda que do imóvel confrontante, ajuizaram qualquer ação contra o possuidor que pretende converter sua posse em propriedade.

Por outro lado, um conjunto de fatores, documentos – a ata notarial, documento dotado de fé pública, com presunção *juris tantum* especialmente – certidões, posse mansa e pacífica do usucapiente, não pagamento dos tributos, longo período de tempo sem a propositura de ações para a reintegração de posse demonstram o abandono do imóvel são suficientes para demonstrar a aceitação tácita daquele que tem a propriedade meramente formal.

Não se duvida que o abandono é uma das causas de perda da propriedade e o bem poderá ser arrecadado, não se encontrando na posse de outrem, como bem vago, se o proprietário o abandonar com *animus* definitivo.

Desconstituída a propriedade pelo abandono, torna-se o bem *res nullius*, sendo a intenção do titular do domínio não ter mais o imóvel em seu patrimônio, emergindo o *animus derelinquendi*; não se exigindo qualquer solenidade para a comprovação do abandono, podendo o titular do direito manifestar-se expressa ou tacitamente⁵²⁶. Entretanto, o não pagamento dos tributos, em conjunto com a ausência de posse do proprietário formal (tabular), gera presunção absoluta – *juris tantum* – de abandono. É o que determina o artigo 1275, III c/c artigo 1276 do Código Civil.

Esse dispositivo, em especial seu § 2º, derruba um dos maiores dogmas do direito privado, qual seja, a propriedade não se perde pelo não uso, sendo uma relevante inovação do Código de Reale, superando a tradicional dificuldade de demonstrar o *animus*

⁵²⁶ RIBEIRO, Benedito Silvério. Op. cit., 1992, p. 926.

abandonandi do proprietário; evidentemente, a cessação dos atos de posse em conjunto com o inadimplemento dos ônus fiscais cria a presunção absoluta, *iure et iure*, da intenção de abandonar, não cabendo sequer prova em sentido contrário do dono⁵²⁷.

Não se omite que o § 2º, artigo 1.276 do Código Civil tem sua constitucionalidade questionada pelos seguintes argumentos: em primeiro lugar, afirma-se que a legislação infraconstitucional não pode criar hipóteses de perda de propriedade sem indenização; segundo, haveria ofensa ao princípio do devido processo legal; terceiro, seria também atingido o princípio do contraditório; quarto, haveria afronta à norma do art. 150, IV, da Constituição Federal, que veda a adoção de tributo com efeito confiscatório⁵²⁸. Todavia, há presunção de constitucionalidade enquanto não há decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Ainda sobre o abandono, o *animus abandonandi* terá presunção absoluta quando somados os dois requisitos – cessação dos atos de posse do proprietário e inadimplemento dos ônus fiscais – cumulativos; até porque, no que se refere ao primeiro requisito, não cabe mais a noção clássica de que o não uso é uma prerrogativa do proprietário; assim, a moderna noção de função social da propriedade e da posse exige conduta positiva do possuidor, dando ao bem sua finalidade econômica e social. *A contrario sensu*, somente se admite a conduta negativa em casos excepcionais, como a não exploração de áreas de proteção ambiental⁵²⁹. Neste caso, a função social estará prestigiada justamente pela ausência de práticas, permitindo a natureza o seu livre desenvolvimento.

A temática do abandono da propriedade leva à concepção da diferença entre propriedade formal e propriedade substancial. Apesar de não ser propriamente técnica, inspira-se na quantidade de poder que um determinado sujeito tem. A titularidade substancial caberá a quem assume substancialmente os poderes e os direitos – ou de qualquer jeito, a maior parte deles – que são típicos do proprietário, apesar de não o ser, enquanto na titularidade formal ao sujeito é reconhecido os direitos ou poderes da propriedade, para determinados fins, ainda que por vezes irreversivelmente⁵³⁰.

Finalmente, o silêncio do proprietário formal, em conjunto com inúmeros outros fatores, em especial a cessação dos atos de posse e o não pagamento dos tributos

⁵²⁷ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Do direito das coisas. *In*: PELUSO, Cezar (Coord.). Op. cit., 2014, p. 1189.

⁵²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., 2015, p. 427.

⁵²⁹ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Do direito das coisas. *In*: PELUSO, Cezar (Coord Op. cit., 2014, p. 1189.

⁵³⁰ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., 2002, p. 70-71.

caracterizam o *animus abandonandi* e o silêncio eloquente: quando você, ao não dizer, está se manifestando. Enfim, na hipótese em que "o silêncio seja circunstanciado, ele cessa de constituir um fato neutro sem significado determinado, ele se torna silêncio eloquente e adquire força obrigatória"⁵³¹.

Em quinto, o silêncio do titular do direito real, na usucapião extrajudicial, caracteriza renúncia ao direito de propriedade, se não pela ausência da formalidade exigida na lei civil⁵³² – a renúncia é causa de perda da propriedade, mas os efeitos da perda subordinam-se ao registro do ato renunciativo na serventia imobiliária –, mas pela clara intenção de não mais ser titular do direito fundamental, pois renunciou à posse, renunciou à possibilidade de ajuizar ações possessórias para reaver seu direito e, mais ainda, renunciou ao direito de impugnar a pretensão do usucapiente ao optar pelo silêncio.

O silêncio do proprietário formal, tabular à luz da despatrimonialização do Direito Civil não pode prosperar, sob pena de retrocesso à propriedade como direito sagrado, inviolável, absoluto.

Aliás, a “despatrimonialização” do Direito Civil, certamente um termo não muito elegante, quer se explicar que a pessoa prevalece sobre qualquer valor patrimonial e individualiza-se uma tendência normativa-cultural; evidencia-se que no ordenamento se operou uma opção que vai se concretizando entre personalismo (superação do individualismo) e o patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores)⁵³³.

Aceitar o silêncio como discordância, no procedimento da usucapião administrativa, é reduzir a propriedade à categoria de propriedade formal, esvaziada de qualquer conteúdo, como um título de nobreza, quando, em verdade, a propriedade privada não representa um desvalor, mas sim, um instrumento de garantia do pluralismo e de defesa a qualquer tentativa de estatualismo⁵³⁴.

Há quem vá invocar a tese da irrenunciabilidade dos direitos fundamentais, a propriedade, por exemplo. É indubitoso que é possível, juridicamente, renunciar a direitos fundamentais, já que não se trata de obrigação, mas de um direito que pode ser renunciado pelo seu titular em favor do Estado ou de um particular, isto é, o exercício de direitos

⁵³¹ BOYER, Laurent; ROLAND, Henri *apud* TOMELIN, Georghio Alessandro. Silêncio-inadimplemento no processo administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 226, p. 281-292, out./dez. 2001, p. 283.

⁵³² Artigo 1.275 do Código Civil.

⁵³³ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., 2002, p. 33.

⁵³⁴ *Ibidem*, p. 230.

depende da vontade de seu titular, por mais que uma omissão motive a discordância ou a reprovação moral dos demais. Em outras palavras, ser titular de um direito fundamental não significa sê-lo para toda a vida⁵³⁵.

Por último, exigir a concordância do titular de direito real na usucapião extrajudicial e, ainda pior, aceitar o silêncio deste como presunção de discordância é prestigiar o ócio, a esterilidade e a morte em detrimento da dignidade da pessoa humana, da função social da posse e da propriedade, do direito fundamental à moradia, da livre iniciativa.

No direito constitucional, não há precedência hierárquica da propriedade sobre a posse, e eventual controvérsia entre a posse e a propriedade não admite solução *a priori*, isto é, o deslinde da questão deve ser analisado no caso concreto, ademais, a posse tem autonomia jurídica em relação ao direito de propriedade, tanto que poderá ser resguardada frente ao próprio direito de propriedade, se a posse cumprir a função social do bem em questão⁵³⁶.

Além disso, há de ser expressamente repelida nos sistemas constitucionais qualquer interpretação da função social ser mera recomendação ao legislador, tendo em vista que, em decorrência do princípio da vigência imediata dos direitos humanos, a exemplo do sistema alemão e do brasileiro, a função social da propriedade tem vinculação jurídica efetiva em relação ao Estado e aos particulares⁵³⁷.

Outro ponto relevante é que o ordenamento brasileiro, em especial quando se refere a direitos disponíveis, como a propriedade, sempre entendeu que o silêncio era constitutivo, em especial quando somado a fatores externos, já que o silêncio por si só é ambíguo

Nesse sentido, no Código Civil, quando não se exigir a declaração de vontade expressa e quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, o silêncio do contratante demonstra anuência (artigo 111⁵³⁸); o silêncio é constitutivo em relação ao credor hipotecário que, notificado, não impugna em trinta dias a transferência do débito (artigo

⁵³⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 133.

⁵³⁶ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. Organizador Gustavo Tepedino. São Paulo: Atlas, 2008, p. 276.

⁵³⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**. A questão agrária e a justiça. Juvelino José Strozake (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 6.

⁵³⁸ O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.

303⁵³⁹); na aceitação do lugar da execução quando o pagamento deve ser feito por medida ou peso (artigo 326⁵⁴⁰); na renúncia do credor em relação ao local do pagamento feito em local diverso (artigo 330⁵⁴¹); na venda sobre documentos, os usos do lugar vão reger o negócio jurídico, em especial sobre a tradição da coisa e de outros documentos exigidos pelo contrato (artigo 529⁵⁴²); na doação pura e simples, o silêncio do donatário, ciente do prazo para se expressar sua aceitação, é entendido como anuência (artigo 539⁵⁴³); os administradores podem praticar todos os atos de gestão, como regra, no silêncio do contrato (artigo 1.015⁵⁴⁴); no direito sucessório, o silêncio do herdeiro ou legatário ordenados pelo testador a entregar coisa de sua propriedade a terceiro, que não cumprem o ato de última vontade, representa a renúncia à herança ou ao legado (artigo 1.913⁵⁴⁵).

No Código de Processo Civil, o silêncio do réu que não apresenta resposta no prazo legal, como regra, importa em reconhecer como verdadeiras as alegações de fato feitas na petição inicial pelo autor (artigos 307⁵⁴⁶ e 341⁵⁴⁷).

No Código de Processo Penal, na ação penal privada, o silêncio do réu levará à extinção do processo, por perdão, caso não se manifeste em três dias contados da sua intimação (artigo 58⁵⁴⁸). Por outro lado, o silêncio do acusado não pode ser interpretado em

⁵³⁹ O adquirente de imóvel hipotecado pode tomar a seu cargo o pagamento do crédito garantido; se o credor, notificado, não impugnar em trinta dias a transferência do débito, entender-se-á dado o assentimento.

⁵⁴⁰ Se o pagamento se houver de fazer por medida, ou peso, entender-se-á, no silêncio das partes, que aceitaram os do lugar da execução.

⁵⁴¹ O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato.

⁵⁴² Na venda sobre documentos, a tradição da coisa é substituída pela entrega do seu título representativo e dos outros documentos exigidos pelo contrato ou, no silêncio deste, pelos usos.

⁵⁴³ O doador pode fixar prazo ao donatário, para declarar se aceita ou não a liberalidade. Desde que o donatário, ciente do prazo, não faça, dentro dele, a declaração, entender-se-á que aceitou, se a doação não for sujeita a encargo.

⁵⁴⁴ No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade; não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir.

⁵⁴⁵ Se o testador ordenar que o herdeiro ou legatário entregue coisa de sua propriedade a outrem, não o cumprindo ele, entender-se-á que renunciou à herança ou ao legado.

⁵⁴⁶ Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias. Parágrafo único - Contestado o pedido no prazo legal, observar-se-á o procedimento comum.

⁵⁴⁷ Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, salvo se: I - não for admissível, a seu respeito, a confissão; II - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considerar da substância do ato; III - estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto. Parágrafo único - O ônus da impugnação especificada dos fatos não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial.

⁵⁴⁸ Concedido o perdão, mediante declaração expressa nos autos, o querelado será intimado a dizer, dentro de três dias, se o aceita, devendo, ao mesmo tempo, ser cientificado de que o seu silêncio importará aceitação. Parágrafo único - Aceito o perdão, o juiz julgará extinta a punibilidade.

seu desfavor, podendo permanecer calado e sequer responde às perguntas formuladas (artigo 186⁵⁴⁹).

Na Constituição de 1988, o silêncio do Presidente da República, que se nega a vetar ou a sancionar projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional, em quinze dias, importará em sanção tácita (artigo 66, § 3º⁵⁵⁰), enquanto o preso tem o direito de ser informado de seu direito de permanecer calado, não podendo ser interpretado o seu silêncio como admissão de culpa (artigo 5º, LXIII⁵⁵¹).

No direito administrativo há um exemplo de silêncio-positivo, qual seja, a aprovação em estágio probatório, que se dá pelo simples decurso de prazo, isto é, transcorridos 3 anos o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo toma-se automaticamente estável, sem qualquer cerimônia ou formalização⁵⁵².

Finalmente, na Lei de Registros Públicos, alterada pela Lei nº 10.931/04, em prestígio à desjudicialização, foi instituída a retificação de área em nível administrativo, sendo indispensável que o confrontante do imóvel a ser retificado seja notificado, caso não tenha assinado a planta e o memorial descritivo, mas o seu silêncio, após notificado, faz presumir sua aceitação (artigo 213, § 4º⁵⁵³).

Reconhecer, portanto, a usucapião administrativa na hipótese de silêncio do titular de direito real não viola qualquer direito fundamental do proprietário tabular, meramente formal, isto porque, a conduta estatal somente pode ser declarada violadora de direitos fundamentais se antes for verificado que o titular tentou exercer o seu direito exercer o seu direito fundamental, ou seja, exemplificativamente, quem não deseja sair de casa não pode se queixar de sofrer uma limitação de sua liberdade de ir e vir pela polícia⁵⁵⁴. Como o proprietário formal não exerce atos de posse por longos anos, aceitar o seu silêncio como

⁵⁴⁹ Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único - O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

⁵⁵⁰ A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. § 2º - O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea. § 3º - Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção.

⁵⁵¹ O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

⁵⁵² TOMELIN, Georghio Alessandro. Op. cit., 2001, p. 284.

⁵⁵³ Presumir-se-á a anuência do confrontante que deixar de apresentar impugnação no prazo da notificação.

⁵⁵⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., 2012. p. 131.

negativa é o mesmo que alegar limitação da liberdade de ir e vir a quem sequer deseja de casa sair.

Claro que, por outro lado, o silêncio não pode ser tratado como aceitação quando se referir a direitos indisponíveis⁵⁵⁵. Longe disso. O que se pretende é tratar o silêncio, cumulativamente com outros fatores, como não objeção, não impugnação no procedimento da usucapião extrajudicial da Lei de Registros Públicos.

Assevera-se, afinal, que a manifestação do proprietário ou de qualquer dos titulares de direitos reais e de outros direitos averbados ou registrados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, por um ente público ou mesmo por um terceiro interessado, que impugna o pedido de reconhecimento da usucapião administrativa impede desde logo que o registrador de imóveis prossiga com o procedimento, não cabendo ao delegatário analisar se se trata de impugnação fundada ou infundada, como lhes permitem os Provimentos⁵⁵⁶ dos corregedores-gerais dos tribunais estaduais que tratam dos atos normativos relativos aos serviços notariais e de registro, especificamente no procedimento de retificação administrativa de área. Enfim, havendo impugnação ao pedido, não há outra alternativa senão a remessa do procedimento ao juízo competente, como previsto no artigo 216-A, § 10⁵⁵⁷ da Lei nº 6.015/73.

Também há que se ressaltar uma única hipótese na qual o silêncio do proprietário formal deverá conduzir à rejeição do reconhecimento da usucapião extrajudicial. Trata-se do proprietário absolutamente incapaz, tendo em vista que a usucapião é tratada como prescrição aquisitiva e, como tal, não corre contra os menores de 16 anos, os únicos absolutamente incapazes do artigo 3º do Código Civil - alterado pela Lei nº 13.146/15, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Portanto, a proteção dos menores absolutamente incapazes em nada inviabiliza o procedimento da usucapião em nível administrativo. Bastará o tabelião de notas, na lavratura da ata notarial, observar este impeditivo legal e também o oficial do registro

⁵⁵⁵ É o caso, por exemplo, do direito ao silêncio do preso ou acusado no processo penal, conforme o artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal. Nesta hipótese, já se reconheceu, e com razão, que o silêncio do preso ou do acusado não pode ser usado em seu desfavor, como admissão de culpa/dolo.

⁵⁵⁶ Em Minas Gerais, existe o Provimento nº 260/13/CGJ/TJMG; em São Paulo, o Provimento nº 58/89 da Corregedoria-Geral da Justiça do TJSP.

⁵⁵⁷ Em caso de impugnação do pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, apresentada por qualquer um dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, por algum dos entes públicos ou por algum terceiro interessado, o oficial de registro de imóveis remeterá os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, cabendo ao requerente emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum.

imobiliário analisar a idade do proprietário tabular, no momento da qualificação do título. Em outras palavras, não corre prescrição contra o proprietário formal do imóvel que tiver menos de 16 anos, devendo ser desprezado qualquer tempo de posse contado enquanto era menor impúbere.

5 A USUCAPIÃO COMO MEIO DE ACESSO À ORDEM JURÍDICA E INSTRUMENTO DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

Nos idos de 2003, o então Ministro do STF e presidente do TSE, Sepúlveda Pertence, já dizia que a crise de credibilidade do Judiciário alcançou dimensões inéditas e que "a credibilidade não resiste à exacerbação da justa insatisfação popular com a ineficiência, o custo e a lentidão do funcionamento do serviço da Justiça"⁵⁵⁸. De lá até os dias atuais a realidade não foi alterada.

O Poder Judiciário tem uma sobrecarga excessiva de processos em virtude da economia de massa, gerando uma crise de desempenho e perda de credibilidade. Grande parte dos conflitos é judicializada individualmente em relação a certos tipos de conflitos de processos repetitivos, enquanto apenas a minoria desses conflitos é levada ao Judiciário em sua configuração molecular, por ações coletivas. Além disso, a crise do Judiciário decorre também da falta de uma política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses que ocorrem na sociedade⁵⁵⁹.

Um dos motivos da crise na prestação da Justiça se deve ao fato de que Poder Judiciário utiliza predominantemente a solução adjudicada dos conflitos, por meio de sentença do juiz, e a predominância desse critério vem gerando a chamada “cultura da sentença”, aumentando a cada dia a quantidade de recursos, congestionando as instâncias ordinárias, os Tribunais Superiores, a Suprema Corte; outrossim, mais do que isso, vem aumentando também a quantidade de execuções judiciais, indiscutivelmente morosas e ineficazes, consideradas o calcanhar de Aquiles da Justiça⁵⁶⁰.

A instituição de uma política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses, além de criar um importante filtro da litigiosidade, pode estimular uma nova cultura de solução negociada e amigável dos conflitos entre os profissionais do direito e entre os próprios jurisdicionados, influenciando até mesmo na mudança do conteúdo e orientação do ensino universitário na área de Direito, formando profissionais com visão mais ampla e social, com plena consciência de que lhes cabe atuar muito mais na

⁵⁵⁸ PERTENCE, Sepúlveda. **Presidente do TSE vê “crise inédita”**. 2003. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1808200304.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

⁵⁵⁹ WATANABE, Kazuo. **Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>. Acesso em 06 set. 2016, p. 1.

⁵⁶⁰ WATANABE, Kazuo. Op. cit., 2016, p. 2.

orientação, pacificação, prevenção e composição amigável, do que na solução contenciosa dos conflitos de interesses. Enfim, o novo paradigma levará a substituição da “cultura da sentença” pela “cultura da pacificação”, repercutindo em uma maior coesão social⁵⁶¹.

Neste sentido, para Kuhn, “decidir rejeitar um paradigma é sempre decidir simultaneamente aceitar outro e o juízo que conduz a essa decisão envolve a comparação de ambos os paradigmas com a natureza, bem como sua comparação mútua”, não afastando que o paradigma tem o papel de um veículo para a teoria científica, informando ao cientista que entidades a natureza contém ou não contém, bem como as maneiras segundo as quais essas entidades se comportam, assim, essa informação fornece um mapa cujos detalhes são elucidados pela pesquisa científica amadurecida⁵⁶².

Na busca de um novo paradigma⁵⁶³, a política legislativa que incentiva a desjudicialização reforça o entendimento de que, procurando resultados mais efetivos, há uma tendência de favorecimento à universalização da tutela jurisdicional que se evidencia na urgência em se aprimorar a técnica processual e na necessidade de se ampliar as formas de acesso à Justiça e à ordem jurídica justa, ultrapassando a técnica universal do processo estatal⁵⁶⁴.

Destarte, considerando que a jurisdição tem por objeto a solução de conflitos e a busca da paz social, bem como que o processo estatal é apenas uma das técnicas possíveis para a composição de litígios e a realização dos escopos perseguidos pela jurisdição, os mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos emergem como técnicas válidas e eficazes, muito úteis ao Estado no desempenho da sua incumbência constitucional⁵⁶⁵.

A terceira onda de renovação do processo civil propugna pela facilitação do acesso à Justiça, por um novo tipo de processo e de prestação judicial: um processo de perfil não-adversarial, ou seja, afasta-se da ideia de vencedor e vencido, desenvolvendo-se num ambiente menos tenso, que recepiona as divergências e busca harmonizá-las, em prestígio

⁵⁶¹ WATANABE, Kazuo. Op. cit., 2016, p. 13.

⁵⁶² KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Doeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 108 e 144.

⁵⁶³ Será adotada a concepção de Thomas S. Kuhn de paradigma como modelo aceito pela ciência normal (a pesquisa firmemente baseada em uma ou mais realizações científicas passadas).

⁵⁶⁴ MERÇON-VARGAS, Sarah. **Meios alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais**. 2012. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 3.

⁵⁶⁵ Ibidem, p. 23.

ao princípio da solução pacífica dos conflitos, estabelecido na Constituição Federal, artigo 4º, VII⁵⁶⁶.

Finalmente, como os meios consensuais de resolução de conflito podem ser vistos como formas de participação democrática na administração da justiça⁵⁶⁷, a usucapião administrativa é um mecanismo de acesso à Justiça e à ordem jurídica justa. Em outras palavras, a usucapião extrajudicial pode contribuir para a realização do escopo da jurisdição na medida em que, assim como o processo estatal, contribuem para o atingimento dos resultados e objetivos almejados pelas normas de direito material⁵⁶⁸.

As reformas são importantes, mas têm seus limites, e o novo enfoque de acesso à Justiça tem alcance mais amplo, já que a terceira onda⁵⁶⁹ de reforma inclui a advocacia, inclusive extrajudicial, defensores públicos e vai além, pois centra sua “atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”, sem abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas tratando-as como alternativas para melhorar o acesso à Justiça e à ordem jurídica justa⁵⁷⁰.

5.1 Para que serve a usucapião?

Para inquirir sobre a estrutura do fato jurídico deve-se questionar “como é?”, e para identificar a função do fato jurídico deve-se perguntar “para que serve?”⁵⁷¹. Assim, para justificar a usucapião administrativa não basta a análise da estrutura da usucapião (“o que é”), sendo importante indagar “para que serve” à usucapião.

Antes disso, porém, faz-se necessário mostrar que a usucapião não é tema reservado ao Poder Judiciário, ou seja, não há na Constituição Federal qualquer dispositivo que submeta a usucapião à cláusula de reserva de jurisdição.

⁵⁶⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit., 2009, p. 58.

⁵⁶⁷ SILVA, Érica Barbosa. Op. cit., 2012, p. 13.

⁵⁶⁸ MERÇON-VARGAS, Sarah. Op. cit., 2012, p. 21.

⁵⁶⁹ A expressão “ondas renovatórias do processo civil” é de autoria de Mauro Cappelletti e Bryant Garth. A primeira onda renovatória trata da assistência judiciária aos mais carentes, procurando garantir o acesso à Justiça para os necessitados. A segunda onda trata da representação dos direitos difusos ou o desenvolvimento das ações coletivas na proteção dos direitos transindividuais e não apenas com as demandas individuais. A terceira, e última, onda dedica-se à efetividade da justiça, o novo enfoque de acesso à Justiça.

⁵⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 67.

⁵⁷¹ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., 2002, p. 94.

A cláusula de reserva de jurisdição consiste em confinar ao âmbito do Judiciário – e apenas a ele – a prática de certos atos que impliquem restrição a direitos individuais especialmente protegidos e, sendo o caso, haveria poderes de investigação que apenas as autoridades judiciais estariam legitimadas a exercer⁵⁷².

A reserva de jurisdição traduz a noção de que, em temas específicos, assiste ao Poder Judiciário o direito de proferir a última e a primeira palavra, excluindo-se, deste modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por força de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado⁵⁷³.

Nesse sentido, como temas reservados ao Poder Judiciário podem ser listados os incisos XI (busca e apreensão domiciliar), XII (sigilo de dados e comunicações telefônicas) LXI (prisão fora dos casos de flagrância) do artigo 5º da Constituição Federal.

Destarte, a usucapião não é tema de análise exclusiva pelo Poder Judiciário, em outras palavras, a usucapião não é hipótese de cláusula de reserva de jurisdição, não existindo qualquer óbice constitucional para a desjudicialização do instituto. Aliás, temas como separação, divórcio, inventário e partilha há muito já foram desjudicializados, desde a Lei nº 11.441/07 que alterou o Código de Processo Civil de 1973, sendo ratificados pelo atual Código processual nos artigos 733⁵⁷⁴, 610⁵⁷⁵, podendo ser elaborados, desde então, por escritura pública, não exigindo a intervenção judicial.

Em retorno ao ponto “para que serve à usucapião”, não há dúvidas de que os estudiosos da teoria geral do direito se preocuparam muito mais em saber “como o direito é

⁵⁷² BASTOS, Celso; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., 2009, p. 912.

⁵⁷³ Supremo Tribunal Federal, *in* MS nº 23.452-1-RJ, Relator Ministro Celso de Mello, de 16 de setembro de 1999.

⁵⁷⁴ O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731. § 1º - A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras. § 2º - O tabelião somente lavrará a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

⁵⁷⁵ Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial. § 1º - Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras. § 2º - O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

feito” do que “para que o direito serve”, destarte, a análise estrutural foi levada muito mais a fundo do que a análise funcional⁵⁷⁶.

Na concepção meramente estruturalista, de forma simplista, pode-se dizer que a usucapião é uma forma de aquisição da propriedade. Se no Estado liberal, propriedade é estrutura, é direito subjetivo absoluto do seu titular, feixe de direitos em sua plenitude, a usucapião, nesta concepção, seria apenas uma forma de adquirir um direito.

Na concepção funcionalista do direito, ainda que de forma singela, a usucapião deve ser pesquisada não como “o que é” ou “como é”, mas para “que serve”. Para que serve à usucapião, considerando a função social da propriedade imobiliária no Estado social? Não esquecendo, claro, que o Estado social de direito é a conjugação da legalidade com a justiça social⁵⁷⁷.

Não menos importante na análise da função – “para que serve” – da usucapião é a contextualização do instituto no que se refere à função do Estado, isto porque, nas constituições modernas, o termo “promover” suplantou ou colocou de lado o termo “garantir”, não significando que o direito não tenha tido, inclusive no passado, além da função de repressão, também a função de promoção, mas a função de garantir sempre foi tão predominante que a maior parte das teorias do direito não registraram, nas suas definições do direito, a função de promoção⁵⁷⁸.

Enquanto nas constituições liberais clássicas, a principal função do Estado parece ser a de garantir, nas constituições pós-liberais, ao lado da função de tutela ou garantia, aparece, cada vez com maior frequência, a função de promover⁵⁷⁹.

É o caso da Constituição de 1988 que, em inúmeros dispositivos, trata da função promocional do Direito e do Estado – artigo 3º, inciso IV⁵⁸⁰, artigo 5º, XXXII⁵⁸¹, artigo 23, incisos IX e X⁵⁸², artigo 30, incisos VIII e IX⁵⁸³, artigo 78⁵⁸⁴, artigo 134⁵⁸⁵, artigo 151,

⁵⁷⁶ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007, p. 53.

⁵⁷⁷ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., 2008, p. 14.

⁵⁷⁸ BOBBIO, Norberto. Op. cit., 2007, p. 135.

⁵⁷⁹ BOBBIO, Norberto. Op. cit., 2007, p. 13.

⁵⁸⁰ Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁵⁸¹ O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

⁵⁸² É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos.

⁵⁸³ Compete aos Municípios: VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

inciso I⁵⁸⁶, artigo 161, inciso II⁵⁸⁷, artigo 174, § 3º⁵⁸⁸, artigo 180⁵⁸⁹, artigo 182, § 4º⁵⁹⁰, artigo 192⁵⁹¹, artigo 196⁵⁹², artigo 203, incisos III e IV⁵⁹³, artigo 205⁵⁹⁴, artigo 214, inciso V⁵⁹⁵, artigo 217, § 3º⁵⁹⁶ – promovendo direitos, desde a saúde, educação, saneamento básico, direitos humanos até o aproveitamento adequado do solo e desenvolvimento equilibrado do país.

⁵⁸⁴ O Presidente e o Vice-Presidente da República tomarão posse em sessão do Congresso Nacional, prestando o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil.

⁵⁸⁵ A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

⁵⁸⁶ É vedado à União: I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País.

⁵⁸⁷ Cabe à lei complementar: II - estabelecer normas sobre a entrega dos recursos de que trata o art. 159, especialmente sobre os critérios de rateio dos fundos previstos em seu inciso I, objetivando promover o equilíbrio socioeconômico entre Estados e entre Municípios.

⁵⁸⁸ Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. § 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

⁵⁸⁹ A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico.

⁵⁹⁰ A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, (...).

⁵⁹¹ O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

⁵⁹² A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

⁵⁹³ A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: III - a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária.

⁵⁹⁴ A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

⁵⁹⁵ A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: V - promoção humanística, científica e tecnológica do País.

⁵⁹⁶ É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: § 3º O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.

Em resumo, com a função repressiva, o sistema tende a impedir que se verifiquem comportamentos não desejados, enquanto na função promocional, o sistema tende a provocar comportamentos desejados⁵⁹⁷. Logo, a usucapião serve para prestigiar aquele que teve uma conduta desejada – produção, moradia, obras, fim social – e repelir aquele que teve um comportamento não desejado – abandono material do imóvel.

O primeiro é o proprietário substancial, o possuidor *ad usucapionem*; o segundo é o proprietário formal, tabular; inclusive, como já exposto com fundamento em Perlingieri, a titularidade substancial ou material cabe àquele que assume substancialmente os poderes e os direitos típicos do proprietário, mesmo não sendo, enquanto a titularidade formal se mantém ligada meramente aos registros imobiliários.

A usucapião, instituto que remonta ao direito romano, comprova que a sociedade jamais tolerou direitos sonolentos e a inatividade jurídica do proprietário⁵⁹⁸. O comportamento desejado do possuidor *ad usucapionem* por certo período de tempo, em conjunto com outros requisitos, transforma o fato em direito.

A usucapião não deixa de ser uma sanção à inércia do titular do direito de propriedade, daí porque a inércia prolongada e a existência da posse *ad usucapionem* do possuidor fazem da usucapião, em sentido amplo, sem confundir com a propriedade resolúvel, uma condição resolutiva da propriedade⁵⁹⁹.

Disso decorre a noção de sanção positiva e sanção negativa. A noção de sanção positiva deduz-se, a *contrario sensu*, daquela mais bem elaborada de sanção negativa, ou seja, o castigo é uma reação a uma ação má, o prêmio é uma reação a uma ação boa, assim, no primeiro caso, a reação consiste em restituir o mal ao mal, no segundo, o bem ao bem⁶⁰⁰.

A usucapião pode, destarte, se enquadrar tanto como uma sanção positiva quanto uma sanção negativa. Na primeira hipótese, seria uma sanção positiva em relação ao usucapiente, aquele que deu função ao imóvel. Na segunda, como sanção negativa, a usucapião seria uma punição ao proprietário inerte, omissor.

Nesse contexto, a usucapião administrativa serve para efetivar a função social, a qual impõe ao proprietário um dever positivo de uma adequada utilização dos bens, em proveito da coletividade e, sob pena de inconstitucionalidade por omissão administrativa,

⁵⁹⁷ BOBBIO, Norberto. Op. cit., 2007, p. 136.

⁵⁹⁸ PEREIRA, Virgílio de Sá. Op. cit., 2007, p. 190.

⁵⁹⁹ FACHIN, Luiz Edson. Op. cit., 1988, p. 36.

⁶⁰⁰ BOBBIO, Norberto. Op. cit., 2007, p. 24.

as sanções pelo descumprimento da função social da propriedade não são meras possibilidades, mas autêntico dever imposto ao Estado⁶⁰¹.

À evidência, a usucapião é instituto ímpar para revelar a importância da posse como autônoma geradora de direitos a partir de um fato, pois transforma a posse em direito e concretiza a função social da posse ao penalizar o proprietário que não cumpre a função social da sua propriedade⁶⁰².

Igualmente, a usucapião administrativa pode ser um mecanismo de regularização formal dos imóveis dentro da tábula registral, “que por si só apresenta uma série de exigências formais muitas vezes incontornáveis e o próprio processo de regularização fundiária”⁶⁰³.

E, por fim, a usucapião em nível administrativo é eficiente instrumento de efetivação do exercício do direito fundamental da pessoa humana à moradia e confere à propriedade utilidade social⁶⁰⁴, enfim, seria um instrumento da efetivação do direito fundamental à propriedade.

Por um lado, não se discute que a razão final da usucapião é acabar com as incertezas da propriedade, evitando conflitos, divergências e dúvidas, saneando os vícios e defeitos pela ação do tempo, conferindo segurança aos direitos⁶⁰⁵; enfim, é inegável a utilidade da usucapião que decisivamente contribui para a consolidação da propriedade, sendo poderoso estímulo para a paz social⁶⁰⁶.

Por outro lado, a usucapião extrajudicial relaciona-se com o novo enfoque de acesso à Justiça e à ordem jurídica justa, que tem alcance mais amplo, isto porque, a previsão de meios consensuais é benéfica à sociedade por serem instrumentos de pacificação com Justiça, que é o núcleo da função jurisdicional, além de prestigiar a participação democrática na administração da justiça, uma vez que a solução criada pelas partes, na composição, é mais efetiva que a solução imposta pelo Estado, através da sentença prolatada pelo juiz.

⁶⁰¹ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., 1996, p. 75.

⁶⁰² FACHIN, Luiz Edson. Op. cit., 1988, p. 95.

⁶⁰³ KUMPEL, Vitor Frederico. **O novo código de processo civil: o usucapião administrativo e o processo de desjudicialização**. 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI207658,101048-O+novo+Código+de+Processo+Civil+o+usucapiao+administrativo+e+o>>. Acesso em: 14 out. 2014.

⁶⁰⁴ VAZZOLER, Anna Claudia Pardini. **Usucapião coletiva como instrumento de eficácia do direito fundamental à moradia**. 2008. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2008, p. 149.

⁶⁰⁵ GOMES, Orlando. Op. cit., 1999, p. 164.

⁶⁰⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., 2003, p. 122.

Em outras palavras, a desjudicialização favorece a pacificação social, finalidade da prestação jurisdicional, pois permite que alguns procedimentos – separação, divórcio, inventário, partilha, retificação de área imobiliária, dentre outros – sejam concretizados à margem do Poder Judiciário, em prestígio à cidadania, reconhecendo que a justiça pode ser alcançada sem uma sentença, sem uma decisão judicial. A justiça pode ser construída pelas partes e não imposta às partes.

Assim, a usucapião administrativa pode ser instrumento tanto de regularização fundiária, efetivando o direito social à moradia, a função social da propriedade e prestigiando a dignidade humana, quanto instrumento de democratização do acesso à Justiça e à ordem jurídica justa.

Afinal, para que serve à usucapião administrativa? (i) a usucapião administrativa serve como forma de participação democrática na administração da justiça, reconhecendo que a justiça pode ser construída pelas partes e não imposta às partes, dispensando uma decisão judicial, contribuindo para a realização do escopo da jurisdição ao contribuir para o atingimento dos resultados e objetivos almejados pelas normas de direito material; (ii) a usucapião administrativa serve para efetivar o princípio constitucional da duração razoável do processo e de forma justa, na medida em que o procedimento extrajudicial é mais célere que o procedimento judicial; (iii) a usucapião administrativa serve como instrumento de justiça distributiva; (iv) a usucapião serve para gerar a segurança jurídica da posse, efetivando a função social ao transformar um fato (a posse) em direito de propriedade, regularizando a moradia, permitindo o acesso ao crédito imobiliário, enfim, serve para prestigiar a despatrimonialização do direito; (v) a usucapião serve para transformar contratos ocultos em negócios publicizados e oponíveis perante a coletividade.

5.2 A que servem os institutos da desjudicialização?

O Estado nunca deteve o monopólio do direito, já que, de um lado, os mecanismos do sistema mundial – plano supra estatal – desenvolveram suas próprias leis sistêmicas que se sobrepuseram às leis nacionais dos Estados particulares e, por outro lado, paralelamente a este direito supra estatal, subsistiram ou surgiram diferentes formas de direito infra-

estatal: ordens jurídicas locais, com ou sem base territorial, regendo determinadas categorias de relações sociais e interagindo, de múltiplas maneiras, com o direito estatal⁶⁰⁷.

Na verdade, desjudicialização, tendência racional e imposta pela necessidade, é transferir tudo o que não seja eminentemente contencioso para o tabelião (ou o registrador), não se cuida de visão reducionista de se aliviar o Judiciário de invencível carga de trabalho, valendo-se de um sistema consolidado, que não padece de sofisticada e multímoda configuração do Judiciário brasileiro, cuja atuação harmoniza o convívio e realiza concretamente a justiça humana possível, aconselhando à cidadania, dando forma à vontade cidadã, conferindo segurança jurídica aos atos negociais⁶⁰⁸.

Ademais, os tabelionatos e registros públicos não estão à margem do Estado, pois são prestadores de serviço público via delegação por concurso público e, portanto, desjudicialização não significa ausência de intervenção estatal, mas ausência de intervenção jurisdicional, por não existir um juiz. Na arbitragem, por exemplo, que é um procedimento de desjudicialização, há, inclusive, uma sentença, tratada como título executivo judicial pelo Código de Processo Civil (artigo 515, VII⁶⁰⁹).

Enfim, não é correto definir a desjudicialização simplesmente como um procedimento feito sem a presença estatal, uma vez que tabeliães e oficiais de registro são agentes colaboradores, uma espécie de agentes públicos. Afinal, são agentes do Estado e, em embora exerçam sua função em virtude de delegação, conforme anuncia o art. 236, § 1º, da Constituição Federal, o certo é que se configuram como verdadeiros agentes do Estado, sujeitando-se, inclusive, à sua fiscalização pelo Poder Judiciário⁶¹⁰.

Pode-se dizer, ainda, que a desjudicialização é um movimento político, jurídico e sociológico que pretende autorizar, por meio de lei, a elaboração de certos procedimentos por tabeliães, registradores ou árbitros escolhidos consensualmente pelas partes, maiores e capazes, mediante trâmites bastante simplificados, sem a formação de uma relação jurídica processual, em temas que versem sobre direitos disponíveis.

Com a desjudicialização, o paradigma da jurisdição foi alterado e a inafastabilidade da prestação jurisdicional tem recebido interpretação mais ampla, abrangendo também as

⁶⁰⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2009, p. 171.

⁶⁰⁸ NALINI, José Renato. Prefácio. *In*: CHAVES, Carlos Fernando Brasil; REZENDE, Afonso Celso F. **Tabelionato de notas e o notário perfeito**. 6. ed. Campinas: Millennium, 2011.

⁶⁰⁹ São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: VII - a sentença arbitral.

⁶¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, 2015, p. 581.

técnicas extrajudiciais⁶¹¹. Afinal, o núcleo da função jurisdicional é a pacificação com justiça, que pode ser obtida por meios consensuais alternativos, sem a presença do estado-juiz.

Jurisdição, tradicionalmente atrelada ao Estado, hoje comporta outra acepção, distanciando-se do sentido monopolístico oficial e abrindo-se para outras instâncias com na metáfora de outras estradas vicinais pavimentadas para ofertar justiça por outros meios e perante outros atores da cena judiciária⁶¹².

Incentivar a desjudicialização é buscar novas opções, tentar um novo paradigma de solução de controvérsias com menos soluções impostas e mais soluções consensuais⁶¹³. Daí que os juristas devem entender que as cortes judiciais não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada, pois as técnicas processuais servem a funções sociais⁶¹⁴.

Em uma concepção mais ampla de jurisdição, os meios consensuais de resolução de conflitos podem melhorar o desempenho e a funcionalidade do Poder Judiciário, como instrumento de política pública de Justiça, impedindo que certos conflitos sejam judicializados ou abreviando demandas em curso⁶¹⁵.

Nessa perspectiva, deve-se valorar que o ordenamento jurídico não tem a função somente de controlar os comportamentos dos indivíduos, mas também de direcionar os comportamentos para certos objetivos preestabelecidos⁶¹⁶. E a desjudicialização tem a função de direcionar as partes à pacificação, prestigiando a autonomia privada, reforçando o direito à liberdade.

Há, assim, uma relação íntima entre política e liberdade. A liberdade não é um bem natural da humanidade que tenha de ser defendido da política, ao contrário, quanto mais vasto for o domínio da política, maior será a liberdade, de forma que o fim da política significará sempre, de uma maneira ou de outra, o fim da liberdade⁶¹⁷.

Outra justificativa à desjudicialização é que a sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes

⁶¹¹ MERÇON-VARGAS, Sarah. Op. cit., 2012, p. 23.

⁶¹² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 141.

⁶¹³ BUITONI, Ademir. **A ilusão do normativismo e a mediação**. Disponível em: <<http://www.usjt.br/cursos/direito/arquivos/ilusao.pdf>>. Acesso em 04 de setembro de 2016.

⁶¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Op. cit., 1988, p. 12.

⁶¹⁵ SILVA, Érica Barbosa. Op. cit., 2012, p. 39.

⁶¹⁶ BOBBIO, Norberto. Op. cit., 2007, p. 79.

⁶¹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. cit., 2009, p. 113.

as soluções rápidas e mediadas, o que demonstra a vantagem para as partes e para o sistema jurídico quando o litígio é resolvido sem um julgamento⁶¹⁸.

Em outras palavras, a Justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é uma Justiça inacessível, já que aumenta os custos para as partes e pressiona os mais fracos economicamente a abandonar suas causas ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito, em virtude da demora e dos efeitos da inflação⁶¹⁹.

A resolução dos conflitos que se fundam em acordo estabelecido entre as partes, sem um decreto judicial unilateral, parece ser mais facilmente aceita, ao contrário do processo judicial, que há parte vencida e parte vencedora, há a possibilidade de que as causas mais profundas de um litígio sejam examinadas e restaurado um relacionamento complexo e prolongado⁶²⁰.

Além disso, a desjudicialização favorece a abertura constitucional e a concretização dos valores constitucionais, tendo em vista que permitem aos cidadãos, partidos políticos, associações, etc., integrarem o círculo de intérpretes da constituição, democratizando o processo interpretativo⁶²¹.

Por fim, as normas desjudicializantes permitem que as partes atuem diretamente, com simplicidade e rapidez, sem a necessidade da intervenção do estado-juiz para concretizar o objetivo da justiça, logo, pode-se dizer que a desjudicialização é uma forma de emancipação social do cidadão e, acima de tudo, de acesso à Justiça e à ordem jurídica justa, aliás, o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos⁶²².

Enfim, os institutos da desjudicialização servem à sociedade; têm trâmites simples e rápidos; abreviam as demandas judiciais em curso, impedindo que certos conflitos sejam judicializados; conduzem ao acesso à Justiça e à ordem jurídica justa, à pacificação social; criam novo paradigma por solucionar as controvérsias pelo consenso, sem vencido nem vencedor; favorece a diminuição das elevadas despesas públicas com a máquina judiciária e o alto custo de um litígio; permite que o cidadão seja um intérprete da constituição, democratizando o processo interpretativo; finalmente, prestigia a autonomia privada e o direito à liberdade, emancipando socialmente o cidadão.

⁶¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Op. cit., 1988, p. 83.

⁶¹⁹ Ibidem, p. 20.

⁶²⁰ Ibidem, p. 83.

⁶²¹ CITTADINO, Gisele. Op. cit., 2013, p. 19.

⁶²² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan Op. cit., 1988, p. 11.

5.3 A realização da justiça distributiva pela usucapião administrativa

O procedimento de reconhecimento de qualquer modalidade de usucapião na via administrativa – nas serventias imobiliárias – rompe o paradigma de que apenas o Poder Judiciário poderia declarar a aquisição da propriedade imóvel pelo possuidor *ad usucapionem*. É natural que, neste primeiro momento, inúmeras controvérsias sejam levantadas e, até mesmo, surjam vozes contra a desjudicialização da usucapião. O que importa, por ora, em se tratando de mudança de paradigma, é a discussão do instituto, efeitos jurídicos, a repercussão na sociedade.

Evidentemente, toda transição paradigmática é semi-cega e semi-invisível e somente pode ser percorrida por um pensamento construído com economia de pilares e habituado a transformar silêncios, sussurros e ressaltos insignificantes em preciosos sinais de orientação⁶²³.

A previsão de meios alternativos para a resolução de conflitos não pode ser interpretada como forma de desacreditar a Justiça estatal, mas sim de combater o excesso de litigiosidade que domina a sociedade, que crê na jurisdição como a única via pacificadora de conflitos, elevando a quantidade de processos ajuizados de forma que supera a capacidade de vazão dos órgãos e estruturas do serviço judiciário disponível⁶²⁴.

No Brasil, todas as questões são judicializadas e o processo se tornou mais importante que a substância, não interessando o resultado, mas o caminho, e esta formalidade excessiva dificulta o acolhimento de uma eficiente regularização fundiária⁶²⁵.

A construção de um novo senso comum deve se nortear pelo princípio da comunidade, com as suas dimensões da solidariedade e da participação, e a racionalidade estético-expressiva (o prazer, a autoria e a artefactualidade discursiva), ou seja, o novo senso comum terá três dimensões, a ética (solidariedade), a política (a participação) e a estética (prazer)⁶²⁶. Sem dúvida, a usucapião administrativa prestigia a solidariedade ao permitir que possuidores sem a propriedade formal ingressem no sistema registral.

⁶²³ SANTOS, Boaventura de Sousa Op. cit., 2009, p. 15.

⁶²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., 2015, p. 126.

⁶²⁵ NALINI, José Renato. Perspectivas da regularização fundiária. In: LEVY, Wilson; NALINI, José Renato (Coord.). Op. cit., 2014, p. 5.

⁶²⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. cit., 2009, p. 111.

Como se caminha para uma verdadeira identidade entre juiz, notário e registrador, considerando que devem buscar a segurança jurídica, a estabilização das relações e a pacificação social, não causou estranhamento a transferência de parcela considerável da chamada jurisdição voluntária ao notariado. Na verdade, sustenta-se é a urgência de se transplantar para este conjunto de profissionais, que nasceu em ninho judiciário, outras atribuições que poderá melhor desempenhar do que o próprio juízo⁶²⁷.

É indiscutível que, lamentavelmente, considerável parcela da população não tem acesso aos serviços de orientação jurídica e de defesa processual por advogado ou defensor público, o que torna inócua, em diversas situações, a garantia de acesso ao Poder Judiciário pela falta de condições materiais que impede o exercício do direito de ação e do direito de defesa⁶²⁸.

Nesse sentido, não se duvida que tem sido muito difícil efetivar os novos direitos para os pobres, inquilinos, consumidores e outras categorias, como já era de se prever, assim, é necessário centrar o foco de atenção no “homem comum” ou “homem pequeno” – expressão usada por Kojima –, refletindo uma mudança no conceito de justiça que se preocupa com os procedimentos formais – aplicação das regras corretas de direito ao fatos – e com a justiça social, a busca de procedimentos que protejam os direitos das pessoas comuns⁶²⁹.

Além disso, pode-se dizer que, atualmente, a jurisdição não é exercida apenas pelo Poder Judiciário, pois a própria Constituição prevê hipóteses de jurisdição exercida por órgãos fora da estrutura orgânica própria do Poder Judiciário, como no caso do julgamento de impeachment, realizado pelo Senado Federal, da jurisdição administrativa em que uma decisão pode acabar assumindo o papel de definitiva, por exemplo, no caso de preclusão e prescrição, e da jurisdição no caso da arbitragem; enfim, o Poder Judiciário exercer função jurisdicional, mas nem toda função jurisdicional é ditada por ele, já que outros órgãos podem dizer o direito⁶³⁰.

⁶²⁷ NALINI, José Renato. Prefácio. *In*: CHAVES, Carlos Fernando Brasil; REZENDE, Afonso Celso F. Op. cit., 2011.

⁶²⁸ MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. **O conceito de justiça distributiva no Estado Democrático de Direito**: uma compreensão da justiça distributiva e do acesso à justiça no estado constitucional democrático brasileiro. 2009. 172 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009, p. 124.

⁶²⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Op. cit., 1988, p. 68-93.

⁶³⁰ TAVARES, André Ramos. Op. cit., 2012, p. 732.

Nessa perspectiva, a Constituição de 1988 valorizou a Justiça não em seu conceito clássico de “vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu”, mas sim como conjunto de instituições voltadas para a realização da paz social⁶³¹.

A construção de uma sociedade em que reine a paz e impere a liberdade, pena de não construir o progresso e conduzir à desvalorização da pessoa humana, exige a divisão da riqueza social por uma política de desenvolvimento orientada pelo humanismo, abrangendo a da totalidade das pessoas⁶³².

A distribuição da propriedade, de forma que todas as pessoas possam se suprir com um certo nível de recursos materiais, além do próprio acesso à ordem jurídica justa que concretiza uma vida digna, justiça para o homem em comunidade, e para o homem em si individualmente⁶³³.

A obtenção da paz social passa necessariamente pela distribuição dos bens, sem que isso signifique o esvaziamento de todo conteúdo da propriedade privada, sem trata-la como um desvalor, mas um instrumento de garantia do pluralismo e de defesa perante qualquer tentativa de intervenção arbitrária do Estado⁶³⁴.

A Constituição de 1988 preocupa-se com práticas de cidadania multidimensional e pluralista, voltadas para a concretização dos direitos fundamentais e humanos, mesmo porque, o legítimo fundamento do Estado encontra-se na solidariedade, tendo a dignidade humana como valor fonte e finalidade última de sua atuação⁶³⁵.

Não se pode afastar que existe na Constituição Federal de 1988 um sentimento de decepção, pois seus preceitos só poderiam ser atingidos se as condições sociais brasileiras fossem outras. Mas, a Constituição dirigente não é culpada pela falta de compromisso dos agentes públicos, mas sim sua inadequação a determinado país⁶³⁶.

Quando se aborda o tema justiça distributiva, deve-se alertar que, na verdade, existem duas noções de justiça distributiva na filosofia política ocidental, e não somente

⁶³¹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo *apud* BRASIL. **Novo Código de Processo Civil**: exposição de motivos. Brasília: 2004, p. 13.

⁶³² AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Justiça distributiva e aplicação do direito**. Porto Alegre: Fabris, 1983, p. 35.

⁶³³ MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. *Op. cit.*, 2009, p. 116.

⁶³⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, 2008, p. 952.

⁶³⁵ CITTADINO, Gisele. *Op. cit.*, 2013, p. 62.

⁶³⁶ SOUZA DE OLIVEIRA, Fábio Corrêa. *Op. cit.*, 2010, p. 442-448.

uma; a que começa com Aristóteles e definha no final do século XVIII e a moderna que surgiu no século XIX e início do século XX, por John Rawls⁶³⁷.

A justiça distributiva, em seu sentido original aristotélico se referia aos princípios segundo os quais as pessoas mercedoras teriam a garantia de ser recompensadas de acordo com seus méritos, sobretudo no que diz respeito a seu *status* político. O merecimento, no pensamento da justiça distributiva aristotélico, estava essencialmente vinculado ao mérito; nesta estrutura de pensamento, não fazia sentido supor que alguém merecia alguma coisa simplesmente porque precisasse dela⁶³⁸.

A justiça distributiva, na concepção aristotélica, realiza-se quando os desiguais recebem quinhões desiguais na medida em que se desigualam, segundo uma proporção geométrica que estabelecerá a igualdade entre as pessoas e as coisas a serem divididas, pois a relação existente entre as coisas e as pessoas deverá ser a mesma; enfim, não sendo as pessoas iguais, receberão partes desiguais, sob pena do surgimento de disputas e de contendas no Estado⁶³⁹.

O significado de mérito, entretanto, na visão aristotélica de justiça distributiva, varia de forma considerável, sendo frequentemente relacionado a um projeto comum, de tal forma que, por exemplo, uma pessoa que contribui com mais capital para um empreendimento mercantil merece receber mais de seus lucros –, mas sempre descreve alguma coisa boa a respeito de uma pessoa, alguma coisa que essa pessoa, e outras, podem valorizar nela⁶⁴⁰.

Por outro lado, na concepção contemporânea, o Estado pode, e deve, tirar as pessoas da pobreza, e que ninguém merece, e nem precisa, ser pobre, e que, em vista disso, é tarefa do Estado, pelo menos em parte, distribuir ou redistribuir os bens⁶⁴¹. É o início da noção moderna da justiça distributiva.

No sentido moderno, a justiça distributiva invoca o Estado para garantir que a propriedade seja distribuída por toda a sociedade de modo que todas as pessoas possam se suprir com um certo nível de recursos materiais; na noção moderna é essencial que as

⁶³⁷ FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 181.

⁶³⁸ Ibidem, p. 4-21.

⁶³⁹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. Op. cit., 1983, p. 53.

⁶⁴⁰ FLEISCHACKER, Samuel. Op. cit., 2006, p. 4-22.

⁶⁴¹ Ibidem, p. 80.

peçoas mereçam certos bens independentemente de seus traços de caráter ou de qualquer coisa que tenham feito⁶⁴².

À primeira vista, assim, os significados contemporâneo e antigo da expressão justiça distributiva são muito diferentes; o princípio antigo estava relacionado à distribuição de acordo com o mérito, ao passo que o princípio moderno requer uma distribuição independentemente de mérito⁶⁴³.

Afinal, por quais motivos se afirma que a usucapião administrativa concretiza a justiça distributiva? Qual concepção de justiça distributiva: a aristotélica ou a moderna?

A justiça distributiva, na concepção de Aristóteles, trata de uma divisão desigual de bens de acordo com o mérito de cada parte. Em outras palavras, as pessoas deveriam ser recompensadas de acordo com os seus méritos. Neste sentido, é razoável tratar a posse *ad usucapionem*, como o mérito que justifique a recompensa (reconhecimento da propriedade formal pela usucapião administrativa), relacionando-se a usucapião extrajudicial com a justiça distributiva aristotélica.

Mas a usucapião administrativa também se relaciona com a justiça distributiva na concepção moderna, uma vez que é dever do Estado distribuir ou redistribuir bens, de forma que as pessoas tenham acesso a certo nível de recursos materiais, independentemente de mérito, concretizando uma vida digna para o homem em comunidade e em si individualmente.

Portanto, a usucapião em cartório é um instituto que rompe com antigos paradigmas ao permitir que não só o Poder Judiciário reconheça a aquisição da propriedade imóvel, mas também registradores imobiliários o façam, construindo, assim, um novo senso comum com base na dimensão ética (solidariedade), favorecendo o “homem comum” ou “homem pequeno” ao reconhecer o seu mérito (posse *ad usucapionem*) e o acesso a propriedade formal de bens imóveis.

5.4 A desjudicialização no direito brasileiro

A clássica divisão da jurisdição em contenciosa e voluntária vai se perdendo, inclusive por conta da tendencial desjudicialização dos conflitos, de que é exemplo a Lei nº

⁶⁴² FLEISCHACKER, Samuel. Op. cit., 2006, p. 8-21.

⁶⁴³ Ibidem, p. 9.

11.441/07, que permite o processamento das separações, divórcios, inventários e partilhas em que não haja litígio ou incapazes perante os tabeliães⁶⁴⁴.

Já há algum tempo, alguns atos entendidos como de jurisdição voluntária têm afastado a necessidade da atuação do juiz de direito na formação dos negócios jurídicos. Na ausência da participação do juiz, deixam, por óbvio, de serem considerados como atos de jurisdição. Existe atividade estatal, mas diversa da jurisdicional⁶⁴⁵.

A mais antiga hipótese de desjudicialização prevista no direito brasileiro talvez esteja prevista no Decreto-Lei nº 70/66, que autoriza o funcionamento de associações de poupança e empréstimo, institui a cédula hipotecária e dá outras providências. É a chamada execução no sistema financeiro de habitação.

O credor hipotecário, de acordo com o artigo 29⁶⁴⁶, pode propor a execução da dívida não paga no vencimento na forma do Código de Processo Civil ou na forma desse Decreto. Em resumo, após notificado, não purgando o débito, o agente fiduciário poderá publicar editais e a efetuar no decurso dos quinze dias imediatos, o primeiro público leilão do imóvel hipotecado. Em caso de arrematação, após seu registro imobiliário, o arrematante poderá requerer, em juízo, a imissão de posse no imóvel que só será negada se o devedor, citado, comprovar, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, que resgatou ou consignou judicialmente o valor de seu débito, antes da realização do primeiro ou do segundo público leilão.

Há quem considere o Decreto-Lei nº 70/66 não recepcionado pela Constituição Federal de 1988, em especial em razão da expressa previsão da garantia da privação de bens exclusivamente sob o manto do devido processo legal, mesmo porque não havia na Constituição anterior idêntico direito fundamental.

O Supremo Tribunal Federal, nos anos 90, havia se manifestado pela recepção do Decreto-Lei nº 70/66, entendendo que seria possível o controle judicial de legalidade não só posteriormente à venda do imóvel objeto da hipoteca pelo agente fiduciário como também perpetrada no curso do procedimento, pelos meios processuais adequados, não havendo, assim, que se falar em afastabilidade da prestação jurisdicional⁶⁴⁷.

⁶⁴⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit., 2009, p. 141.

⁶⁴⁵ CHAVES, Carlos Fernando Brasil; REZENDE, Afonso Celso F. Op. cit., 2011, p. 316.

⁶⁴⁶ As hipotecas a que se referem os artigos 9º e 10 e seus incisos, quando não pagas no vencimento, poderão, à escolha do credor, ser objeto de execução na forma do Código de Processo Civil (artigos 298 e 301) ou deste decreto-lei (artigos 31 a 38).

⁶⁴⁷ Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 223.075-1/DF, publicado no Diário Oficial de 6 de novembro de 1998, Relator Ministro Ilmar Galvão.

Por fim, sobre a execução no sistema financeiro de habitação prevista no Decreto-Lei nº 70/66, existem em trâmite, atualmente, no Supremo Tribunal Federal duas ações (Recursos Extraordinários nº 556520 e 627106) que renovam a discussão sobre a recepção ou não da referida norma pela Constituição Federal de 1988. Até o momento não há decisão final, prevalecendo, destarte, a decisão de 1998 que ratificou o procedimento extrajudicial.

Outra hipótese de desjudicialização é a arbitragem, prevista inicialmente na Lei nº 9.307/96. O juízo arbitral ou arbitragem é um meio alternativo de heterocomposição que consiste no julgamento do litígio por pessoa escolhida consensualmente pelas partes, mediante trâmites mais simplificados e menor apego a parâmetros legais rígidos – admite o julgamento por equidade; todavia, restringe sua aplicação a direitos disponíveis, já que o julgamento é feito por um cidadão privado – o árbitro – e não por um agente estatal – juiz⁶⁴⁸.

A convenção de arbitragem, acordo de vontades das partes em submeter um determinado conflito potencial ou real ao juízo arbitral, pode se dar por cláusula compromissória ou compromisso arbitral. A primeira diz respeito a “litígios que possam vir a surgir”. Na última, convencionam-se a arbitragem *após* o surgimento da controvérsia⁶⁴⁹.

Em outras palavras, não se deve confundir cláusula compromissória com compromisso arbitral. Ambas são espécies do gênero convenção de arbitragem. A cláusula compromissória é cláusula inserida em contratos que prevê, entre os contratantes, a submissão de qualquer ou de um específico litígio a um juízo arbitral. Por sua vez, o compromisso arbitral é a convenção firmada entre as partes pela qual submetem um específico litígio concreto a um juízo arbitral⁶⁵⁰.

Enfim, a convenção de arbitragem, se anterior ao processo, impede sua abertura; se posterior, provoca sua imediata extinção, impedindo que o órgão judicial lhe aprecie o mérito⁶⁵¹.

Finalmente, a constitucionalidade da arbitragem já foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal, que não entendeu existir violação à inafastabilidade da prestação

⁶⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 89.

⁶⁴⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 19.

⁶⁵⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., 2015, p. 280.

⁶⁵¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., 2015, p. 1317.

jurisdicional, pois o afastamento decorreu de vontade negocial livremente manifestada em contrato sobre bens e direitos disponíveis⁶⁵².

Em prestígio à desjudicialização, vale mencionar que o novo Código de Processo Civil alterou a Lei de Arbitragem para permitir que a administração pública direta e indireta poderá se valer da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (artigo 1º, § 1º⁶⁵³), respeitando sempre o princípio da publicidade e a decisão sempre de direito, jamais por equidade, como se autoriza aos particulares (artigo 2º, § 3º⁶⁵⁴).

A terceira situação que se permite falar em desjudicialização está prevista na Lei de Falências – Lei nº 11.101/05 –, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. É a recuperação extrajudicial.

Na legislação anterior (artigo 2º, III do Decreto-lei nº 7.661/45), uma das provas mais inequívocas da sua obsolescência era a de que o devedor comerciante que convocava seus credores para lhes propor dilação, remissão ou cessão de bens era punido, com a possibilidade até mesmo da decretação de sua falência, ou seja, a convocação extrajudicial de credores era um ato de falência⁶⁵⁵.

Em outras palavras, não havia qualquer incentivo ao procedimento extrajudicial ou qualquer interesse em fomentar a resolução de conflitos por meios alternativos.

Deve-se reconhecer que a Lei de Falências foi tímida ao disciplinar a recuperação extrajudicial, mas a introdução do instituto já sinaliza um grande avanço, pois pode significar uma mudança de paradigmas falimentares ultrapassados que muitos insistem em manter no ordenamento⁶⁵⁶.

Atualmente, nada impede que o devedor busque uma solução ao seu desequilíbrio econômico financeiro junto aos credores diretamente. Nem haveria, em tese, necessidade de se buscar a homologação judicial da recuperação extrajudicial. Os institutos antigos do

⁶⁵² Supremo Tribunal Federal, SE-AgRg 5.206/EP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário de Justiça da União de 30 de abril de 2004.

⁶⁵³ A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

⁶⁵⁴ A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

⁶⁵⁵ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 632.

⁶⁵⁶ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Op. cit., 2010, p. 633.

direito civil já dariam guarida ao acordo celebrado: transação (artigo 840⁶⁵⁷), novação (artigo 360⁶⁵⁸), remissão (artigo 385⁶⁵⁹), dentre outros.

Mas, não obtendo o acordo prévio com todos os seus credores, e caso o devedor empresário ou sociedade empresária pretenda a recuperação extrajudicial, deverá preencher os requisitos legais, ou seja, quando a Lei de Falências elenca os requisitos para a recuperação extrajudicial, refere-se apenas ao devedor que pretende, oportunamente, levar o acordo à homologação judicial; ou seja, não sendo necessária a homologação – porque todos os atingidos aderiram ao plano – nem conveniente – porque não tem interesse o devedor em arcar com as despesas do processo –, é irrelevante o preenchimento ou não das condições legalmente referidas⁶⁶⁰.

Nesse sentido, o plano de recuperação extrajudicial só poderá ser homologado se o devedor demonstrar o preenchimento dos requisitos subjetivos – relativos ao empresário ou à sociedade empresária – e objetivos – relativos ao plano de recuperação em si. Na primeira categoria enquadram-se: a) atender às mesmas condições estabelecidas pela lei para o acesso à recuperação judicial, a saber; b) não se encontrar em tramitação nenhum pedido de recuperação judicial dele; c) não lhe ter sido concedida, há menos de 2 anos, recuperação judicial ou extrajudicial. Na segunda, são cinco os requisitos objetivos: a) não pode ser previsto no plano o pagamento antecipado de nenhuma dívida; b) todos os credores sujeitos ao plano devem receber tratamento paritário, vedado o favorecimento de uns ou o desfavorecimento de outros; c) o plano não pode abranger senão os créditos constituídos até a data do pedido de homologação; d) do plano só pode constar a alienação de bem gravado ou a supressão ou substituição de garantia real se com a medida concordar expressamente o credor garantido; e) o plano de recuperação não pode estabelecer o afastamento da variação cambial nos créditos em moeda estrangeira sem contar com a anuência expressa do respectivo credor⁶⁶¹.

⁶⁵⁷ É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

⁶⁵⁸ Dá-se a novação: I - quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior; II - quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor; III - quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com este.

⁶⁵⁹ A remissão da dívida, aceita pelo devedor, extingue a obrigação, mas sem prejuízo de terceiro.

⁶⁶⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 238.

⁶⁶¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., 2012, p. 238.

Por fim, a sentença homologatória imprime ao ato extrajudicial a mesma força do ato originário da recuperação judicial, ademais, os efeitos são produzidos desde a sua homologação (artigo 165⁶⁶² da Lei de Falências).

Também merece destaque a possibilidade da retificação do registro imobiliário em nível administrativo, sem a intervenção do Poder Judiciário, o que era indispensável até o advento da Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, que alterou a Lei de Registros Públicos – Lei nº 6.015/73.

A partir dessa alteração legislativa, o oficial da serventia imobiliária pode retificar o registro ou a averbação de ofício ou a requerimento do interessado. A retificação de ofício, sem provocação da parte, é também chamada de retificação unilateral, enquanto a retificação feita a pedido é a retificação bilateral, nos termos do artigo 213⁶⁶³ da Lei de Registros Públicos.

O Oficial Registrador não tem a discricionariedade de decidir sobre retificar ou não o registro, trata-se de um mandamento legal, desde que presentes os requisitos respectivos, autorizadores da providência; aliás, o procedimento unilateral, pelo menos em tese, é mais simples e de menor risco de violação ao direito de terceiros e pode ser feito inclusive de ofício pelo oficial ou após requerimento do interessado. Entretanto, ainda que se trate de retificação unilateral, com base no artigo 213, inciso I da Lei de Registros Públicos, havendo risco de prejuízo para terceiros, o oficial deverá exigir o procedimento bilateral ou até mesmo encaminhar o interessado para o juízo competente, declinando da possibilidade da solução em nível administrativo⁶⁶⁴.

No caso de inserção ou alteração de medida perimetral de que resulte, ou não, alteração de área, o pedido deverá ser instruído com planta e memorial descritivo assinado

⁶⁶² O plano de recuperação extrajudicial produz efeitos após sua homologação judicial.

⁶⁶³ O oficial retificará o registro ou a averbação: I - de ofício ou a requerimento do interessado nos casos de: a) omissão ou erro cometido na transposição de qualquer elemento do título; b) indicação ou atualização de confrontação; c) alteração de denominação de logradouro público, comprovada por documento oficial; d) retificação que vise a indicação de rumos, ângulos de deflexão ou inserção de coordenadas georreferenciadas, em que não haja alteração das medidas perimetrais; e) alteração ou inserção que resulte de mero cálculo matemático feito a partir das medidas perimetrais constantes do registro; f) reprodução de descrição de linha divisória de imóvel confrontante que já tenha sido objeto de retificação; g) inserção ou modificação dos dados de qualificação pessoal das partes, comprovada por documentos oficiais, ou mediante despacho judicial quando houver necessidade de produção de outras provas; II - a requerimento do interessado, no caso de inserção ou alteração de medida perimetral de que resulte, ou não, alteração de área, instruído com planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no competente Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura - CREA, bem assim pelos confrontantes.

⁶⁶⁴ SOUZA NETO, João Baptista de Mello. Retificação administrativa. In: ALVIM NETO, José Manuel de Arruda; CAMBLER, Everaldo Augusto; CLÁPIS, Alexandre Laizo (Coord.). **Lei de registros públicos: comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 1108.

por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no competente Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura, bem assim pelos confrontantes.

Nesse procedimento, há uma característica bem marcante. Trata-se da possibilidade da notificação pelo oficial imobiliário do confrontante que não assinou a planta para se manifestar no prazo de quinze dias. Após notificado, caso o confrontante não apresente impugnação, no prazo legal, o seu silêncio será interpretado como anuência (artigo 213, § 4^o⁶⁶⁵), permitindo, assim, que o oficial do registro imobiliário averbe a retificação da área na matrícula do imóvel.

Caso o confrontante, por outro lado, apresente impugnação fundamentada, o procedimento não pode ser concluído no âmbito administrativo, devendo ser remetido ao juiz de direito competente, o que é bastante incomum. Em outras palavras, a retificação administrativa de registros ou averbações são céleres e eficientes medidas preventivas de litígios, colaborando, assim, com o alívio da carga de trabalho do Poder Judiciário, eliminando o conflito sem o processo judicial, pacificando a comunidade.

Outra modalidade de resolução de conflitos por meios alternativos tem previsão tanto no Código Civil (artigo 334⁶⁶⁶) quanto no Código de Processo Civil (artigo 539⁶⁶⁷). Trata-se do pagamento de dívida pecuniária pela consignação extrajudicial que foi instituída pela minirreforma processual de 1994 que acrescentou quatro parágrafos ao artigo 890 do Código de Processo Civil.

Há, destarte, a possibilidade do devedor efetuar, se quiser – caso não queira terá a faculdade de se socorrer imediatamente da via judicial –, o depósito extrajudicial, em estabelecimento bancário oficial, onde houver, quando se tratar de pagamento em dinheiro, faculdade essa também mencionada no dispositivo do Código Civil de 2002⁶⁶⁸.

⁶⁶⁵ Presumir-se-á a anuência do confrontante que deixar de apresentar impugnação no prazo da notificação.

⁶⁶⁶⁶⁶⁶ Considera-se pagamento, e extingue a obrigação, o depósito judicial ou em estabelecimento bancário da coisa devida, nos casos e forma legais.

⁶⁶⁷ Nos casos previstos em lei, poderá o devedor ou terceiro requerer, com efeito de pagamento, a consignação da quantia ou da coisa devida. § 1º - Tratando-se de obrigação em dinheiro, poderá o valor ser depositado em estabelecimento bancário, oficial onde houver, situado no lugar do pagamento, cientificando-se o credor por carta com aviso de recebimento, assinado o prazo de 10 (dez) dias para a manifestação de recusa. § 2º - Decorrido o prazo do § 1º, contado do retorno do aviso de recebimento, sem a manifestação de recusa, considerar-se-á o devedor liberado da obrigação, ficando à disposição do credor a quantia depositada. § 3º - Ocorrendo a recusa, manifestada por escrito ao estabelecimento bancário, poderá ser proposta, dentro de 1 (um) mês, a ação de consignação, instruindo-se a inicial com a prova do depósito e da recusa. § 4º - Não proposta a ação no prazo do § 3º, ficará sem efeito o depósito, podendo levantá-lo o depositante.

⁶⁶⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. 2: teoria geral das obrigações. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 200.

A consignação extrajudicial é uma técnica de agilização da justiça e atividade de pacificação social, com a finalidade de criar mecanismo simples e rápido, sem o custo dos serviços judiciários e da verba honorária, desafogando o Poder Judiciário, desde que se trata exclusivamente de dívida em dinheiro, não se admitindo, todavia, por essa via o depósito de obrigações de dar outros bens móveis e imóveis⁶⁶⁹.

Outro instrumento de desjudicialização é a usucapião administrativa⁶⁷⁰ instituída pela Lei nº 11.977/09⁶⁷¹, nos artigos 59 e 60, requerida e processada junto ao Registro de Imóveis e não em juízo. Este procedimento pode ser dividido em quatro etapas distintas: (a) apresentação inicial do projeto; (b) averbação da demarcação urbanística, prevista no artigo 47, III da Lei nº 11.977/09; (c) registro da legitimação de posse; (d) conversão da legitimação de posse em propriedade, após cinco anos de seu registro. Finalmente, o interessado tem cinco anos, contados do registro da legitimação da posse, para requerer sua conversão em direito de propriedade, ou seja, converte-se a mera legitimação da posse em propriedade, por meio da usucapião especial ou constitucional urbana.

Sem dúvida, caso mais recente de desjudicialização é o penhor legal que pode ser homologado pelo tabelião. A homologação do penhor legal perante um tabelião de notas escolhido pelo credor é uma inovação do novo Código de Processo e deve observar as mesmas exigências feitas para a petição inicial pelo § 1º do art. 703⁶⁷²⁶⁷³ do novo Código de Processo Civil.

A finalidade da homologação do penhor legal é obter o reconhecimento jurisdicional da regularidade do apossamento de bens pelo credor, para assegurar o pagamento de determinadas dívidas, daí que a petição inicial precisa ser instruída com o

⁶⁶⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., 2015, p. 416.

⁶⁷⁰ O tema foi abordado com mais profundidade no capítulo “A usucapião como instrumento de regularização fundiária e efetivação de direitos fundamentais”.

⁶⁷¹ Somente o direito de propriedade pode ser adquirido por essa forma de usucapião, ao contrário do que ocorre na usucapião administrativa da Lei de Registros Públicos que autoriza o reconhecimento da aquisição de qualquer direito real imobiliário que seja passível de ser usucapido.

⁶⁷² BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., 2015, p. 458.

⁶⁷³ Tomado o penhor legal nos casos previstos em lei, requererá o credor, ato contínuo, a homologação. § 1º - Na petição inicial, instruída com o contrato de locação ou a conta pormenorizada das despesas, a tabela dos preços e a relação dos objetos retidos, o credor pedirá a citação do devedor para pagar ou contestar na audiência preliminar que for designada. § 2º - A homologação do penhor legal poderá ser promovida pela via extrajudicial mediante requerimento, que conterá os requisitos previstos no § 1º deste artigo, do credor a notário de sua livre escolha. § 3º - Recebido o requerimento, o notário promoverá a notificação extrajudicial do devedor para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar o débito ou impugnar sua cobrança, alegando por escrito uma das causas previstas no art. 704, hipótese em que o procedimento será encaminhado ao juízo competente para decisão. § 4º - Transcorrido o prazo sem manifestação do devedor, o notário formalizará a homologação do penhor legal por escritura pública.

contrato de locação ou a conta pormenorizada das despesas, a tabela dos preços e a relação dos objetos retidos⁶⁷⁴.

O tabelião recebe o pedido formulado pelo credor e notifica extrajudicialmente o devedor para, em cinco dias, pagar o débito ou impugnar sua cobrança; havendo resistência ao pedido, o processado será enviado ao juízo competente; não se manifestando o devedor, o notário formalizará a homologação do penhor legal por escritura pública⁶⁷⁵.

Também merece abordagem, ainda que singela, em virtude apenas do interesse histórico do tema, a previsão na Lei nº 6.969/81, em seu artigo 4º e parágrafos⁶⁷⁶ da usucapião especial de terras devolutas reconhecida administrativamente.

A via administrativa somente existiu no período de vigência da Lei nº 6.969/81, sendo extinta a partir da Constituição de 1988, que vedou no artigo 191 a usucapião sobre bens públicos⁶⁷⁷, atingindo de morte a usucapião sobre terras devolutas.

Essa singular criação continuaria existindo se não fosse a vedação constitucional, mas sem prejudicar as usucapiões completadas no período posterior à promulgação da Lei nº 6.969/81 até o advento da Constituição cidadã, podendo o possuidor, neste caso, socorrer-se desde logo à via judicial, relativamente a esse lapso temporal, desprezando a modalidade administrativa.

Como se expôs, a Constituição de 1988 veda expressamente a usucapião sobre bens públicos e, conseqüentemente, não foi recepcionada a Lei nº 6.969/81 no que se refere à usucapião sobre terras devolutas, daí porque o interesse neste item ser meramente acadêmico e histórico, não possuindo aplicação prática.

Em 1997, com a promulgação da Lei nº 9.514, foi instituída uma das mais relevantes modalidades de desjudicialização. A referida lei instituiu a alienação fiduciária de coisa imóvel e criou o Sistema Financeiro Imobiliário (SFI), favorecendo o mercado de financiamento imobiliário no Brasil, em virtude da implantação de maiores garantias ao

⁶⁷⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., 2015, p. 457.

⁶⁷⁵ Ibidem, p. 458.

⁶⁷⁶ A ação de usucapião especial será processada e julgada na comarca da situação do imóvel. § 1º - Observado o disposto no art. 126 da Constituição Federal, no caso de usucapião especial em terras devolutas federais, a ação será promovida na comarca da situação do imóvel, perante a Justiça do Estado, com recurso para o Tribunal Federal de Recursos, cabendo ao Ministério Público local, na primeira instância, a representação judicial da União. § 2º - No caso de terras devolutas, em geral, a usucapião especial poderá ser reconhecida administrativamente, com a conseqüente expedição do título definitivo de domínio, para transcrição no Registro de Imóveis. § 3º - O Poder Executivo, dentro de 90 (noventa) dias, contados da publicação desta Lei, estabelecerá, por decreto, a forma do procedimento administrativo a que se refere o parágrafo anterior. § 4º - Se, decorridos 90 (noventa) dias do pedido ao órgão administrativo, não houver a expedição do título de domínio, o interessado poderá ingressar com a ação de usucapião especial, na forma prevista nesta Lei, vedada a concomitância dos pedidos administrativo e judicial.

⁶⁷⁷ RIBEIRO, Benedito Silvério. Op. cit., 1992, p. 874.

credor que financia a aquisição do imóvel (hipoteca, cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis, caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis, alienação fiduciária de coisa imóvel, garantia suplementar por anticrese nas operações do SFI que envolvam locação).

A execução da garantia hipotecária perdeu a credibilidade em razão de gerar um processo judicial extremamente demorado e oneroso, que inviabilizava a própria concessão do crédito habitacional⁶⁷⁸.

Sem dúvida, a morosidade da execução das garantias inibe a aplicação de recursos no setor imobiliário e o que a Lei nº 9.514/97 busca é, especialmente, criar as condições necessárias para revitalização e expansão do crédito imobiliário e, considerando que o bom funcionamento do mercado, com permanente oferta de crédito, depende de mecanismos capazes de imprimir eficácia e rapidez nos processos de recomposição das situações de inadimplemento, permitiu a utilização da alienação fiduciária como garantia nos negócios imobiliários⁶⁷⁹.

Pela alienação fiduciária, o devedor, chamado de fiduciante, contrata e transfere ao credor, chamado de fiduciário, a propriedade resolúvel do imóvel, visando a garantia da obrigação pecuniária⁶⁸⁰. Com o registro do negócio jurídico na serventia imobiliária, fica constituída a propriedade resolúvel, desdobrando a posse: a direta ao devedor fiduciante e a indireta ao credor fiduciário⁶⁸¹.

Em outras palavras, a grande questão da alienação fiduciária é na hipótese do inadimplemento da obrigação – com o pagamento da dívida, a propriedade fiduciária resolve-se –; a propriedade resolúvel do credor fiduciário irá consolidar-se se, constituído em mora o devedor, não pagar a obrigação pecuniária, independentemente do ajuizamento da ação executiva.

Vencida a dívida, o devedor será notificado pelo oficial do registro imobiliário para pagar em até quinze dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do

⁶⁷⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., 2015, p. 491.

⁶⁷⁹ CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 248.

⁶⁸⁰ A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

⁶⁸¹ Constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título. Parágrafo único. Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel.

pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação.

Não sendo purgada a mora, a propriedade fiduciária será consolidada em nome do credor, que deverá comprovar a quitação do imposto de transmissão *inter vivos* ou, sendo o caso, também do laudêmio. A alienação fiduciária, assim, dispensa a intervenção jurisdicional, permitindo que o credor satisfaça sua pretensão no âmbito administrativo, extrajudicial, sendo, talvez, uma das hipóteses mais comuns e relevantes de desjudicialização no direito brasileiro.

Outrossim, a propriedade fiduciária não se confunde com a hipoteca. Esta é ônus real que incide sobre coisa alheia, enquanto aquela é direito do próprio credor, direito real em coisa própria; daí que por efeito da constituição da propriedade fiduciária, cria-se um patrimônio de afetação integrado pelo imóvel, que não é atingido pelos efeitos de eventual insolvência de um ou de outro contratante, não integrando, portanto, a massa falida de um ou do outro. Se se tratar de hipoteca, vindo a falir o devedor hipotecário, o imóvel hipotecado, que permaneceu em seu patrimônio, será arrecadado pelo administrador judicial e integrará o ativo da massa falida, devendo o credor hipotecário concorrer com os demais credores segundo a ordem legal de preferência⁶⁸².

Enfim, a grande vantagem deste tipo de garantia, em comparação à hipoteca, – garantia, até então, mais utilizada no mercado imobiliário –, é a agilidade na execução do bem, pois todo o procedimento se efetiva junto à serventia imobiliária, sendo desnecessária a ida ao Judiciário⁶⁸³.

A última hipótese de desjudicialização a ser tratada diz respeito à separação, divórcio, extinção consensual da união estável, inventário e partilha nos Tabelionatos de Notas, através de escritura pública, o que foi permitido pela Lei nº 11.441/07 e ratificado pelo novo Código de Processo Civil, nos artigos 610⁶⁸⁴ e 733⁶⁸⁵.

⁶⁸² CHALHUB, Melhim Namem. Op. cit., 2006, p. 251.

⁶⁸³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., 2015, p. 492.

⁶⁸⁴ Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial. § 1º - Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras. § 2º - O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

⁶⁸⁵ O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731. § 1º - A escritura não depende de homologação

No caso de inventário e partilha, se todos os herdeiros forem capazes e concordes, não havendo testamento, poderá ser celebrado por escritura pública; enquanto no direito de família, não existindo filhos incapazes ou nascituro, a separação, a extinção da união estável e o divórcio consensuais podem ser realizados por escritura pública. Em ambos os casos, as partes devem estar assistidas por advogado ou por defensor público, uma vez que o advogado é indispensável à administração da justiça⁶⁸⁶, conforme a Constituição Federal.

No caso da separação, divórcio e extinção da união estável, justifica-se a desjudicialização como forma de desburocratizar o desamor; se não há mais a intenção do casal de continuar a união, de continuar a escrita de uma história conjunta, não deve o direito ser um empecilho à desunião já decidida pelas partes envolvidas, dificultando-lhes a possibilidade de uma retomada de suas vidas em busca da felicidade⁶⁸⁷. Ainda mais que não existem interesses de incapazes, menores ou nascituros a serem resguardados.

O grande mérito da Lei nº 11.441/07 reside no fato de que o seu espírito visa o bem do cidadão, colocando-o acima de qualquer outro interesse. Constitui-se como expressão clássica do que alguns denominam “Justiça Notarial”, um procedimento rápido, eficiente e de menor custo, que desobstrui o Poder Judiciário prevenindo as demandas que, antes, só podiam ser por ele definidas⁶⁸⁸.

A abordagem da separação, divórcio, inventário e partilha por escritura pública deve necessariamente tratar da Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ainda que sem aprofundamento, sob pena de incorrer em incompletude. Os fundamentos elencados para disciplinar foram inúmeros: as inúmeras controvérsias sobre a aplicação da Lei nº 11.441/2007; a finalidade em tornar mais ágeis e menos onerosos os atos e, ao mesmo tempo, descongestionar o Poder Judiciário; a necessidade de adoção de medidas uniformes quanto à aplicação da Lei em todo o território nacional, com vistas a prevenir e evitar conflitos; as sugestões apresentadas pelos Corregedores-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal; e, finalmente, ouvidas as manifestações do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e a Associação dos Notários e Registradores do Brasil.

judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras. § 2º - O tabelião somente lavrará a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

⁶⁸⁶ O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

⁶⁸⁷ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 420.

⁶⁸⁸ CHAVES, Carlos Fernando Brasil; REZENDE, Afonso Celso F. Op. cit., 2011, p. 300.

Os principais pontos da Resolução nº 35 do CNJ podem assim ser elencados: a escolha do tabelião de notas é livre, não se aplicando as regras de competência processuais; a opção pela via extrajudicial é facultativa, não gerando a ausência de interesse de agir processual como alguns defendiam inicialmente; as escrituras não necessitam de homologação judicial e são títulos hábeis para as serventias de registro civil e imobiliárias e também junto às instituições bancárias, juntas comerciais, órgãos públicos; para a obtenção da gratuidade basta a declaração dos interessados de que não possuem condições de arcar com os emolumentos; o companheiro que tenha direito à sucessão é parte na escritura pública, mas será imprescindível a ação judicial se o autor da herança não deixar outro sucessor ou não houver consenso de todos os herdeiros, inclusive quanto ao reconhecimento da união estável; a meação de companheiro, ou companheira, pode ser reconhecida na escritura pública, desde que todos os herdeiros e interessados na herança, absolutamente capazes, estejam de acordo; a existência de credores do espólio não impedirá a realização do inventário e partilha, ou adjudicação, por escritura pública; a escritura pública de inventário e partilha não pode tratar de bens localizados no exterior; na partilha em que houver transmissão de propriedade do patrimônio individual de um cônjuge ao outro, ou a partilha desigual do patrimônio comum, deverá ser comprovado o recolhimento do ITCD, se transmissão gratuita, ou ITBI, se transmissão gratuita, devido sobre a fração transferida; como a escritura é documento público, não haverá sigilo nas escrituras públicas de separação e divórcio consensuais.

Portanto, pode-se dizer que a Lei nº 11.441/07, mesmo contando com um pequeno número de artigos, e a consequente resolução normativa do CNJ, modificaram profundamente a prática jurídica no direito de família e sucessões. Trata-se, na verdade, de lei transformadora que atende às exigências de agilidade e diminuição de custos, sempre considerando a importância e grande relevância social que possuem os temas⁶⁸⁹.

5.5 A quem servirá a usucapião administrativa?

O fundamento da usucapião, dentre outros, reside no fato de que a sociedade não tolera direitos sonolentos e com a inatividade jurídica do proprietário, o que era apenas fato ascende à dignidade de direito; com a atividade social do usucapiente cria-se, então, uma

⁶⁸⁹ CHAVES, Carlos Fernando Brasil; REZENDE, Afonso Celso F. Op. cit., 2011, p. 299.

situação de fato contrária ao direito e entre os dois a luta se trava: trabalho, produção e vida ou ócio, esterilidade e morte⁶⁹⁰.

Ainda a respeito dos fundamentos da usucapião, existem outras dez teorizações: pena de negligência, medida de política jurídica, ação destruidora do tempo, adaptação da situação de direito à situação de fato, presunção de abandono ou renúncia, motivo de utilidade pública, regra imposta pela necessidade de certeza jurídica, interesse social, instituição necessária à estabilidade dos direitos, ordem e estabilidade social⁶⁹¹.

O fato principal da usucapião é a posse. Na usucapião não se adquire de alguém. A posse é suficiente para adquirir originariamente; não, para se adquirir de alguém; tanto que é provável que o novo direito tenha começado a se formar antes que o velho se extinguisse, até o momento em que o velho direito não pode mais subsistir, sendo suplantado pelo novo direito, não sendo possível, então, a coexistência, não havendo nenhum ponto de continuidade entre os dois; tampouco há relação entre o perdente do direito de propriedade e o usucapiente⁶⁹².

A usucapião é consumada progressivamente, ao longo do tempo, e após ser reconhecida chancela e legítima a posse que lhe deu causa, gerando a aquisição do direito real sobre o qual incidiu, não transmitindo ao usucapiente os ônus que anteriormente gravavam o bem, ainda que exteriorizados mediante inscrição imobiliária⁶⁹³.

A usucapião (judicial) cumpriu seu papel enquanto instrumento de regularização fundiária, desde sua criação até os dias de hoje, mas o elevado número de ocupações irregulares e o excesso de demandas judiciais exigiam a criação de novos instrumentos (concessão de direito real de uso e concessão especial de uso para fins de moradia) que pudessem garantir o direito à moradia, atender a demanda e, ao mesmo tempo, desopilar o judiciário⁶⁹⁴.

A possibilidade da usucapião ser reconhecida na via extrajudicial, com o advento do novo Código de Processo Civil, que acrescentou o artigo 216-A à Lei de Registros Públicos, aparenta ser um grande passo no sentido da desjudicialização, em virtude do excesso de ações judiciais que impedem resultados mais eficazes e mais rápidos⁶⁹⁵.

⁶⁹⁰ PEREIRA, Virgílio de Sá. Op. cit., 2007, p. 190.

⁶⁹¹ FACHIN, Luiz Edson. Op. cit., 1988, p. 37.

⁶⁹² MIRANDA, Pontes de. Op. cit., 1998, p. 227.

⁶⁹³ FACHIN, Luiz Edson. Op. cit., 1988, p. 39.

⁶⁹⁴ GALMACCI, Thanyelle. Op. cit., 2012, p. 82.

⁶⁹⁵ NALINI, Renato. **Usucapião em cartório**. 2014. Disponível em: <<http://renatonalini.wordpress.com/2014/05/16/usucapiao-em-cartorio/>>. Acesso em: 14 out. 2014.

Há quem critique a denominação extrajudicial por sugerir que a missão dos notários e registradores seja estranha à função jurisdicional, o que deve ser criticado, pois se caminha para uma verdadeira identidade entre juiz, notário e registrador. Devem exercer o mesmo ministério de conferir segurança jurídica, estabilizar relações, pacificar e estabelecer a harmonia do convívio⁶⁹⁶.

Não se duvida que a propriedade possa ser adquirida de forma originária ou derivada. A aquisição será originária quando não houver relação contratual entre aquele que adquire e o perdente do bem; o novo proprietário não mantém qualquer relação de direito real ou obrigacional com o antigo proprietário, não obtém o bem do antigo proprietário, mas contra ele, daí que se a propriedade é adquirida por modo originário, por não existir qualquer liame jurídico entre a propriedade atual e a anterior. Enfim, o bem será incorporado ao patrimônio do novo titular em toda a sua plenitude, livre de todos os vícios que eventualmente recaiam até aquele momento sobre o bem. Por sua vez, na aquisição derivada da propriedade há relação jurídica entre transmitente e adquirente, por negócio jurídico contratual ou por sucessão, e o bem é transmitido com os mesmos atributos e restrições (ônus reais e gravames) que possuía no patrimônio do antigo dono após o registro no ofício imobiliário do título representativo de negócio jurídico ou da sucessão⁶⁹⁷.

Em outras palavras, na aquisição derivada há liame jurídico, há transmissão de uma pessoa para outra, em virtude de direito obrigacional ou direito sucessório. Na aquisição originária não há transmissão, vínculo jurídico entre o antigo e o novo, mas sim, quem perde a propriedade e quem adquire nova propriedade, isenta de ônus e gravames, independentemente de qualquer limitação que o antigo proprietário sofra em seu direito de dispor gratuita ou onerosamente, enfim, com a usucapião, os direitos reais, ônus reais, gravames e limitações registrados na matrícula do imóvel são extintos, não vinculando o novo proprietário.

A usucapião, como forma originária de aquisição da propriedade, significa que o usucapiente não adquire de ninguém, mas simplesmente a adquire por si só, e, por consequência lógica, a propriedade que havia sobre o bem é direito se que extingue, suplantado pelo do possuidor, que a recebe limpa, sem qualquer de seus caracteres, vícios ou limitações, salvo as impostas pela lei. Portanto, é totalmente irrelevante a existência ou não do direito anterior, sob o prisma da força geradora inerente à usucapião, tanto que na

⁶⁹⁶ NALINI, José Renato. Prefácio. *In*: CHAVES, Carlos Fernando Brasil; REZENDE, Afonso Celso F. Op. cit., 2011.

⁶⁹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., 2015, p. 336.

via judicial a sentença de procedência do pedido não atribui a propriedade ao autor da ação, mas apenas reconhece seu direito, declarando-o por decisão com natureza meramente declaratória, tornando-o claro, haja vista que seu direito de propriedade se consumou desde o momento que a posse *ad usucapionem* teve início⁶⁹⁸.

Sendo a usucapião uma forma originária de aquisição da propriedade, uma vez aniquilado o direito de propriedade anterior à consumação da posse *ad usucapionem* (o direito principal), a mesma sorte deve seguir o direito de garantia outorgado sobre ele (direito secundário), na conhecida fórmula preconizada pelo adágio *accessorium sequitur suum principale*; ou seja, como os direitos reais de garantia se anulam com a inexistência da obrigação a que aderem, com muito mais razão devem ser extintos com o desaparecimento do direito de propriedade sobre o qual recaiam. A *contrario sensu*, não sendo essa a interpretação, haverá a preterição de um direito de cunho “social e econômico” (a usucapião) em prol de um de cunho meramente “econômico” (a hipoteca), o que parece não se coadunar com os princípios do Código de 2002, em especial, pela previsão no artigo 2035⁶⁹⁹ da impossibilidade das convenções contrariarem os preceitos de ordem pública que asseguram a função social da propriedade.

Não se pode ignorar a importância da usucapião como forma originária de aquisição da propriedade, nem sua utilização com a finalidade de regularizar a situação registrária dos imóveis, que é antiquíssima, perpetuando-se até os dias atuais. Sem dúvida, apesar da evolução do direito, a usucapião apresenta-se como um instituto necessário e atual, utilizado indiscriminadamente por todas as classes sociais, tanto para a regularização dos negócios realizados sem as formalidades prescritas, quanto para a aquisição originária do bem por aquele que o manteve como se seu o fosse durante o prazo estabelecido em lei⁷⁰⁰.

O que leva ao questionamento “a quem servirá a usucapião administrativa” é a introdução do requisito consensualidade pela nova lei. Em outras palavras, o registrador

⁶⁹⁸ KRIGER FILHO, Domingos Afonso. **Efeitos da hipoteca em face do usucapião**. 2005. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/92224/efeitos_hipoteca_face_kriger_filho.pdf>. Acesso em: 30 de agosto de 2016.

⁶⁹⁹ A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

⁷⁰⁰ PADIN, Patrícia Waldmann. **Aspectos fundamentais do usucapião coletivo**. 2010. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010, p. 01.

imobiliário não poderá reconhecer a usucapião em nível administrativo, nem cancelar eventuais restrições administrativas, ambientais, ônus, constringências judiciais e gravames, se não houver o consentimento expresso do proprietário tabular, formal e dos titulares de direitos reais; por outro lado, a usucapião judicial, declarada por sentença judicial, prevalece sobre qualquer gravame, ônus, direito real, pois reconhece que a usucapião se trata de modalidade de aquisição originária da propriedade ou de outros direitos reais.

O requisito da consensualidade do proprietário e dos demais titulares de direitos reais na usucapião, destarte, desvirtua a modalidade de aquisição originária da propriedade, sendo possível mesmo questionar se se trata de usucapião ou de novo instituto – contrato *sui generis*, especial, inominado, atípico⁷⁰¹ –, com características contratuais, servindo, assim, como instrumento para permitir o registro de títulos defeituosos que receberam qualificação negativa no registro imobiliário, tais como uma escritura pública ou um título judicial que deveriam ser rerratificados.

Isto posto, a quem servirá a usucapião administrativa? Com a indispensabilidade da consensualidade, a usucapião administrativa passaria a servir, na maioria das situações fáticas, apenas como um instrumento substitutivo de títulos formalmente incorretos que não tiveram acesso ao fôlio real.

A introdução da consensualidade como requisito *sine qua non* pode tirar a potencialidade que se espera do instituto, passando a servir apenas como um “soldado de reserva”⁷⁰² para os títulos não admitidos a registro imobiliário, em virtude de defeitos formais que exigiam retificação. Ou, ainda pior, o requisito da consensualidade pode transformar a usucapião administrativa em instrumento a serviço de negócios jurídicos simulados, em especial para evitar o pagamento do imposto competente, prejudicando a Fazenda Pública municipal – na hipótese de negócio jurídico oneroso evitando o recolhimento do ITBI – ou a Fazenda Pública estadual – sendo caso de negócio jurídico gratuito para fugir da taxaço do ITCD; até porque, neste sentido, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento pacífico sobre a não incidência daquele tributo na usucapião⁷⁰³.

⁷⁰¹ Os direitos obrigacionais, ao contrário dos direitos reais, não são taxativos, são *numerus apertus* e submetidos à autonomia privada (consentimento, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, forma prescrita ou não defesa em lei), conforme o artigo 104 do Código Civil.

⁷⁰² Expressão usada por Nélson Hungria para explicar a diferença entre especialidade e subsidiariedade da norma penal, sendo o tipo subsidiário uma espécie de “soldado de reserva”, in GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**, v. 1. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 106.

⁷⁰³ A ocupação qualificada e continuada que gera o usucapião não importa em transmissão da propriedade do bem. À legislação tributária é vedado "alterar a definição, o conteúdo e o alcance dos institutos, conceitos e formas de direito privado". Registro da sentença de usucapião sem pagamento do imposto de transmissão

5.6 A gratuidade no pagamento dos emolumentos como instrumento de cidadania, de acesso à justiça e à ordem jurídica justa

O acesso à Justiça e à ordem jurídica justa são direitos humanos por excelência, uma vez que, por intermédio dele, o ser humano busca a realização de suas expectativas, tais como o respeito, a felicidade, o pleno desenvolvimento social, educacional, a justiça, os quais são elementos estruturantes do primado da dignidade da pessoa humana⁷⁰⁴.

O direito de acesso à Justiça, universalmente reconhecido como fundamental, não se esgota em si mesmo, e integra-se o direito de acesso ao direito, cuja efetividade só é alcançada quando o processo possibilita a extração da norma concreta aplicada, a partir da norma abstrata legislada⁷⁰⁵.

O princípio de acesso à justiça não pode ser interpretado como acesso formal aos órgãos judiciários, mas um acesso qualificado que conduza os indivíduos ao acesso à ordem jurídica justa, entendida como direito de todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, uma atenção por parte do Poder Público, em especial do Poder Judiciário, solucionando simples problemas jurídicos, como a obtenção de documentos essenciais para o exercício da cidadania, ou mesmo simples palavras de orientação jurídica⁷⁰⁶.

Nesse sentido, a noção moderna da palavra jurisdição não a vincula à noção de Estado, mas abrange outras formas de resolução de conflitos, na perspectiva de tempo razoável e de forma justa, não se permitindo uma excessiva valorização da tutela estatal na figura do Estado juiz, o que se verifica desde a aprovação da Lei de Arbitragem, mas não significa, contudo, que o Estado perdeu o poder de império⁷⁰⁷.

Nessa esteira, o legislador moderno não duvida que a satisfação efetiva das partes possa ser concretizada de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta

(Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 94580/RS, Relator Ministro Djaci Falcão, Diário de Justiça de 30 de agosto de 1994).

⁷⁰⁴ MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. Op. cit., 2009, p. 120.

⁷⁰⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Funções essenciais à Justiça. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Tratado de direito constitucional**, v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1065.

⁷⁰⁶ WATANABE, Kazuo. Op. cit., 2016, p. 3.

⁷⁰⁷ RIBEIRO, Flávia Pereira. Op. cit., 2012, p. 21.

pelo juiz, já que converteu o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado, prestigiando a mediação e a conciliação, por exemplo⁷⁰⁸.

Em outras palavras, o acesso à Justiça não significa somente perquirir sobre o âmbito formal, como se dava no estado liberal do sistema do *laissez-faire*, mas em especial avaliar o efetivo acesso à Justiça que produz justiça, que concretiza a necessidade e o desejo daquele que busca na mesma a realização de um desejo ou de um meio necessário à sua dignidade humana⁷⁰⁹.

No sistema do *laissez-faire*, a justiça só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos e aqueles que não podiam eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte, enfim, não era preocupação do Estado afastar a incapacidade que muitas pessoas tinham de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – a pobreza no sentido legal. Era garantido o acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva⁷¹⁰.

À evidência, a *contrario sensu*, no Estado Democrático de Direito, a pessoa humana ocupa posição de destaque, é o destinatário final das políticas públicas e o sujeito central do sistema jurídico que busca a igualdade material e o acesso efetivo à justiça; enfim, o Estado de Direito almeja a concretude do direito de acesso ao direito, não se contentando com o acesso formal ao Poder Judiciário.

De outro lado, o princípio da assistência jurídica integral e gratuita vai além do acesso à Justiça e à ordem jurídica justa no sentido jurisdicional do termo, ao estabelecer como obrigação do Estado fora do plano do processo, atuando em prol da conscientização jurídica da sociedade, resguardando e orientando os hipossuficientes, pois é fundamental para o desenvolvimento e fortalecimento do sentimento de cidadania de um povo a sua conscientização, pressuposto lógico e indispensável para pretender exercê-los, se for o caso, inclusive jurisdicionalmente⁷¹¹.

Aliás, faz-se de bom alvitre explicar que o conceito de emolumentos é distinto do conceito de custas judiciais. Estas são o preço decorrente da prestação da atividade jurisdicional, desenvolvida pelo Estado-juiz através de suas serventias e cartórios, enquanto aqueles são o preço dos serviços praticados pelos serventuários de cartório ou

⁷⁰⁸ BRASIL, Op. cit., 2004.

⁷⁰⁹ MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. Op. cit., 2009, p. 115.

⁷¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Op. cit., 1988, p. 9.

⁷¹¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., 2015, p. 46.

serventias não oficializados, remunerados pelo valor dos serviços desenvolvidos e não pelos cofres públicos⁷¹².

O primeiro ato legislativo a consagrar a assistência judiciária gratuita foi a Lei nº 1.060/50 e, posteriormente, no artigo 5º, LXXIV da Constituição Federal foi elevada à categoria de direito fundamental, garantindo tanto a assistência gratuita de advogado como a isenção das custas e emolumentos judiciais, fatos que possibilitam aos indivíduos carentes litigar no Judiciário⁷¹³.

A sistemática da gratuidade foi mantida no Estatuto da Cidade que previu, no artigo 12, § 2º⁷¹⁴, a gratuidade nas ações de usucapião especial urbana, inclusive perante as serventias imobiliárias, demonstrando claramente a opção pela despatrimonialização dos direitos, reforçando a prevalência da pessoa humana sobre os valores patrimoniais.

Da mesma forma, a desjudicialização da separação, divórcio, inventário e partilha previstos na Lei nº 11.441/07 também já previa a gratuidade dos emolumentos, exigindo apenas uma declaração de pobreza das partes para a concessão, não gerando a negativa a parte estar acompanhada de advogado particular. Mas, neste sentido, é necessário lembrar que a declaração falsa ou diversa da que deveria ser escrita, em documento público, prejudicando o direito, criando obrigação, ou alterando a verdade sobre fato juridicamente relevante pode caracterizar o crime de falsidade ideológica, ou seja, a falsa declaração de pobreza é conduta criminosa⁷¹⁵.

A gratuidade foi expressamente prevista no novo Código de Processo Civil, derogando grande parte da Lei nº 1.060/50 ao estabelecer normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Se, anteriormente, era usado o termo “pobre”, a nova legislação usa a expressão “pessoa com insuficiência de recursos”. Mesmo no sistema antigo, o conceito judiciário de “pobre” era menos severo do que o seu sentido comum, não tendo o significado de miserabilidade ou extrema pobreza⁷¹⁶. De qualquer forma, terá direito à gratuidade a pessoa (natural ou jurídica), brasileira ou não, que comprove a insuficiência de recursos para pagar as os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à

⁷¹² Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 366.005/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, 2002, DJ 10.03.2003).

⁷¹³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo**, v. 1: teoria geral do processo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 246.

⁷¹⁴ O autor terá os benefícios da justiça e da assistência judiciária gratuita, inclusive perante o cartório de registro de imóveis.

⁷¹⁵ CHAVES, Carlos Fernando Brasil; REZENDE, Afonso Celso F. Op. cit., 2011, p. 303.

⁷¹⁶ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 874.

efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido⁷¹⁷.

É certo que a dispensa no pagamento de emolumentos no âmbito das serventias extrajudiciais relaciona-se com o efetivo acesso à Justiça e à ordem jurídica justa, além de ser um ato indispensável para o exercício da cidadania e a inclusão social da população de baixa renda no mercado imobiliário formal. Ademais, o registro imobiliário na serventia extrajudicial efetiva a segurança da posse, o direito à herança, o acesso ao crédito imobiliário, o acesso ao cadastro dos contribuintes municipais e um endereço regularizado junto aos órgãos públicos⁷¹⁸.

O novo Código de Processo Civil, inclusive, trata dos procedimentos adequados na hipótese de fraude ao sistema da gratuidade. Havendo dúvida fundada quanto ao preenchimento dos requisitos para a concessão da gratuidade, pode ser instaurado um procedimento para apuração da necessidade real do beneficiário (artigo 98, § 8º⁷¹⁹ do Código de Processo Civil), isto é, o notário ou registrador, após praticado o ato, pode requerer ao juízo competente para decidir questões notariais ou registrais, que revogue total ou parcialmente o benefício ou determine o parcelamento do pagamento das verbas, citando o beneficiário para manifestar-se em quinze dias⁷²⁰.

A possibilidade de fraude à gratuidade, contudo, não pode ser usada como argumento legítimo para revogar todo o sistema que evita o ônus financeiro aos mais pobres. A conduta dos fraudadores não pode prejudicar a pretensão legítima daqueles que anseiam por instrumentos que levem à concretude de seus direitos. Para alterar o mundo fático não bastam meras propostas ou textos de lei sem qualquer efetividade, incapazes de alterar o mundo real. Necessária a existência de mecanismos, como a gratuidade nos emolumentos nas serventias extrajudiciais, que atuem diretamente, sem intermediários e burocracia, garantindo a efetivação da cidadania.

Enfim, a concessão da gratuidade para os hipossuficientes, no âmbito processual e nas serventias extrajudiciais, pode ajudar a combater os efeitos da inércia estatal que,

⁷¹⁷ Código de Processo Civil, artigo 98, § 1º, inciso IX.

⁷¹⁸ CARDOSO, Patrícia de Menezes. **Democratização do acesso à propriedade pública no Brasil**: função social e regularização fundiária. 2010. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 207.

⁷¹⁹ Na hipótese do § 1º, inciso IX, havendo dúvida fundada quanto ao preenchimento atual dos pressupostos para a concessão de gratuidade, o notário ou registrador, após praticar o ato, pode requerer, ao juízo competente para decidir questões notariais ou registrais, a revogação total ou parcial do benefício ou a sua substituição pelo parcelamento de que trata o § 6º deste artigo, caso em que o beneficiário será citado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se sobre esse requerimento.

⁷²⁰ THEÓDORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., 2015, p. 425.

muitas das vezes, somente age quando há interesses de uma elite política ou econômica, o que transforma a Justiça em privilégio de poucos⁷²¹. Afinal, a gratuidade para os hipossuficientes no âmbito das serventias extrajudiciais relaciona-se diretamente com o princípio do acesso à Justiça e à ordem jurídica justa, ou melhor, o direito ao acesso ao direito, prestigiando a cidadania, fazendo prevalecer a pessoa humana sobre os valores patrimoniais.

⁷²¹ MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. Op. cit., 2009, p. 117.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação buscou analisar o instituto da usucapião extrajudicial, instituído pelo novo Código de Processo Civil que acrescentou o artigo 216-A à Lei de Registros Públicos, como instrumento de democratização do acesso à Justiça e à ordem jurídica justa e mecanismo de efetivação da função social, chegando-se às seguintes conclusões:

1. O discurso sobre o conceito de propriedade é sensível à ideologia e sujeito a variações que se relacionam com o contexto histórico, político, cultural. Assim, a propriedade do contexto liberal da Constituição de 1891 em nada se assemelha à propriedade do Estado social da Constituição de 1988. Em 1891, a propriedade era tratada como direito subjetivo, o poder de agir e de exigir de outrem determinado comportamento. A propriedade era um direito natural do homem, direito incondicionado, ilimitado e irrestrito em seu uso, imune à interferência do poder público. Em 1988, a concepção individualista e liberal do direito de propriedade foi rompida pela ideia da função social, uma vez que o Estado social é intervencionista e requer a participação ativa do ente público. Assim, o discurso do conceito da propriedade da Constituição de 1988 exige a propriedade deve atender à sua função social, ou seja, deve mostrar para que serve. Serve para exigir comportamentos positivos do proprietário, não prejudicando terceiros ou à coletividade.

2. A função social não esteve presente na Constituição de 1891. O Estado liberal enunciava que a propriedade era plena, sem qual função coletiva. A Constituição de 1934 não usou a expressão função social, mas já afirmava, rompendo o paradigma liberal, que a propriedade não poderia prejudicar o interesse social ou coletivo. A Constituição de 1937 não repetiu a fórmula da Constituição anterior, mas não retrocedeu ao texto da primeira Constituição republicana (a propriedade como direito absoluto), ou seja, a propriedade continuou a ser assegurada, mas seu conteúdo e limites seriam definidos em leis especiais. Após a Segunda Guerra Mundial, com o advento da Constituição de 1946, a propriedade foi condicionada ao bem-estar social, promovendo a justa distribuição da propriedade, com oportunidades iguais para todos, não havendo o comprometimento com os interesses puramente individuais e egoísticos dos titulares do mais antigo direito real. A expressa menção à função social apenas foi vista na Constituição de 1967, ao prevê-la como um dos

princípios da ordem econômica, com a finalidade de realizar a justiça social. Enfim, é certo que a concepção de função social adveio com a Constituição de 1946, mas apenas a Constituição de 1967 a tratou de forma expressa, como princípio da ordem econômica. A atual Constituição trata a função social como princípio da ordem econômica. Ao mesmo tempo em que garante o direito de propriedade, exige o seu atendimento à sua função social, substituindo a ideia de aproveitamento *pro se* pelo de função de caráter social. Não se duvida que a função social alterou o conceito da propriedade, agora como elemento integrante da sua estrutura, e não como elemento externo. A função social da Constituição de 1988 exige do proprietário uma conduta positiva, de beneficiar outrem, o que mostra a evolução, ainda que lenta, da estrutura à função.

3. A usucapião administrativa pode ser instrumento bastante útil de regularização fundiária, prestigiando a função social da propriedade e o direito à moradia, transformando a realidade dos possuidores sem a titulação formal. A regularização fundiária serve para regularizar o assentamento irregular e titularizar eventuais possuidores despidos de propriedade formal, garantindo o direito social à moradia e a efetivação da função social da propriedade. Neste contexto, a pessoa prevalece sobre qualquer valor patrimonial, conforme clara opção legislativa na Constituição de 1988. Evidentemente, a usucapião administrativa pode garantir a segurança jurídica da posse, convertendo-a em propriedade, regularizando situações de fato consolidadas (juridicamente inseguras), em propriedade regular e formal.

4. A usucapião administrativa, nos termos propostos na nova legislação, não poderá ser reconhecida sem o consentimento dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes. Além disso, o silêncio do proprietário formal que não se manifesta sobre o procedimento extrajudicial deve ser interpretado como discordância. A consensualidade e a interpretação do silêncio dos titulares de direitos reais como discordância não vão inviabilizar o instituto, mas podem prejudicá-lo enormemente, daí a necessidade de interpretá-lo dentro de seus contornos doutrinários, históricos, jurisprudenciais e contextuais. A usucapião não é negócio jurídico, mas ato-fato jurídico, o que dispensa, por essência, a consensualidade. A usucapião é aquisição originária da propriedade, logo, dispensa o acordo, pois contrato não é, e sequer há qualquer liame e o novo e o velho. A usucapião se fundamenta na concepção de que a sociedade não tolera direitos sonolentos, o ócio, a esterilidade, ao contrário, prestigia o trabalho, produção, a moradia. O

reconhecimento da usucapião não é constitutivo, mas declaratório; o possuidor não se transforma em proprietário formal quando vê seu direito reconhecido, mas quando preenche os requisitos legais, ou seja, o oficial do registro imobiliário não transfere a propriedade, apenas reconhece que a antiga relação jurídica foi extinta e outra nasceu.

5. O silêncio do titular do direito real é abandono do direito de propriedade, descaso, inércia, indiferença; não se trata apenas de avaliar o silêncio puro e simples, este despido de valor jurídico, mas o silêncio combinado com outros fatores externos, em especial a ata notarial que atestará o tempo de posse do requerente e seus antecessores. O silêncio do proprietário tabular como impeditivo da usucapião administrativa, à luz da despatrimonialização do direito, significa retrocesso à propriedade do Estado liberal de 1891, que tratava a propriedade como direito sagrado, inviolável, absoluto. Há, contudo, que se respeitar uma única exceção, uma única hipótese na qual o silêncio do proprietário formal deverá conduzir à rejeição do reconhecimento da usucapião extrajudicial. É a hipótese do proprietário absolutamente incapaz. Neste caso, como não corre prescrição contra os menores de 16 anos, não poderá ser reconhecida a usucapião em desfavor desses incapazes, aliás, atualmente, os únicos absolutamente incapazes do artigo 3º do Código Civil, alterado recentemente pela Lei nº 13.146/15, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

6. A usucapião extrajudicial também democratiza o acesso à Justiça e à ordem jurídica justa, em especial porque se relaciona com o sentido moderno de jurisdição. Não mais se justifica a concepção de jurisdição como aquela em que há a presença do Estado-juiz. Outras formas de resolução de conflitos são instrumentos de política pública de Justiça. A desjudicialização da usucapião demonstra uma tendência legislativa de permitir que alguns procedimentos não sejam obrigatoriamente levados ao Poder Judiciário, buscando uma Justiça mais ágil, efetiva, acessível, criando um filtro de litigiosidade e estimulando a cultura da pacificação, da solução negociada consensual em que a Justiça não é imposta, mas construída, o que permite tratar a usucapião administrativa como instrumento de acesso à Justiça, à ordem jurídica justa. Uma das principais linhas de trabalho nos estudos do novo Código de Processo Civil foi a de resolver problemas, com ou sem a presença do Estado-juiz, e os meios consensuais de resolução de conflitos impedem que certos conflitos sejam judicializados ou até abreviam demandas em curso, melhorando o desempenho e a funcionalidade da Justiça.

7. A usucapição e os institutos da desjudicialização servem para prestigiar o comportamento desejável – produção, moradia, obras, fim social – e sancionar aquele que teve um comportamento indesejável – abandono material do imóvel. Aquele é o proprietário substancial, o possuidor *ad usucapionem*; este é o proprietário formal, tabular ligado meramente aos registros imobiliários. Daí que a usucapição administrativa serve para efetivar a função social, uma vez que o proprietário tem o dever positivo de dar uma adequada utilização dos bens em proveito da coletividade. A usucapição administrativa serve como forma de participação democrática na administração da justiça; serve para efetivar o princípio constitucional da duração razoável do processo e de forma justa; serve como instrumento de justiça distributiva; serve para gerar a segurança jurídica da posse; serve para prestigiar a despatrimonialização do direito; serve para transformar contratos ocultos em negócios publicizados e com oponibilidade *erga omnes*. Portanto, a alteração legislativa que permite que certos e determinados procedimentos sejam desjudicializados, favorece a pacificação social, prestigiando a cidadania e a autonomia privada, reforçando o direito à liberdade e emancipando o cidadão, ao reconhecer que a justiça pode ser construída pelas partes e não imposta às partes.

8. A introdução da consensualidade como requisito *sine qua non* pode tirar a potencialidade que se esperava inicialmente do instituto, tornando-o mero “soldado de reserva” para os títulos qualificados negativamente no registro imobiliário. Com a indispensabilidade da consensualidade e, ainda pior, com a interpretação do silêncio como impedimento legal, a usucapição administrativa seria um instrumento substitutivo de títulos formalmente incorretos que não tiveram acesso ao fôlio real. Em uma visão pessimista, finalmente, o requisito da consensualidade pode transformar a usucapição administrativa em instrumento a serviço de negócios jurídicos simulados, em especial para evitar o pagamento do imposto competente, prejudicando a Fazenda Pública.

9. A usucapição administrativa relaciona-se com a justiça distributiva. No sentido original de justiça distributiva, as pessoas merecedoras teriam a garantia de ser recompensadas de acordo com seus méritos, em especial no que diz respeito a seu status político. No pensamento da justiça distributiva aristotélica, o merecimento estava essencialmente vinculado ao mérito, não fazia sentido supor que alguém merecia alguma coisa simplesmente porque precisasse dela. Nessa concepção, a justiça distributiva realiza-se quando os desiguais recebem quinhões desiguais na medida em que se desiguam, segundo uma proporção geométrica que estabelecerá a igualdade entre as pessoas e as

coisas a serem divididas, pois a relação existente entre as coisas e as pessoas deverá ser a mesma; enfim, não sendo as pessoas iguais, receberão partes desiguais. Na justiça distributiva aristotélica, é razoável tratar a posse *ad usucapionem* como o mérito justificador da recompensa (reconhecimento da propriedade formal pela usucapião administrativa). No sentido moderno de justiça distributiva, por sua vez, o Estado deve garantir que a propriedade seja distribuída por toda a sociedade, considerando que todas as pessoas mereçam certos bens independentemente de seus traços de caráter ou de qualquer coisa que tenham feito. Em que pese a distinção entre os significados contemporâneo e antigo da expressão justiça distributiva, já que o princípio antigo estava relacionado à distribuição de acordo com o mérito e o princípio moderno requer uma distribuição independentemente de mérito, a usucapião administrativa relaciona-se com ambos. Assim, a usucapião administrativa distribui a riqueza, permitindo que um grupo maior de pessoas possam se suprir com um nível de recursos materiais, concretizando uma vida digna, a justiça para o homem em comunidade e em si individualmente.

A usucapião extrajudicial deve ter como foco de atenção “homem pequeno” ou “homem comum” para quem tem sido muito difícil efetivar os novos direitos. A preocupação deve ser com a justiça social, com a busca de procedimentos que protejam os direitos das pessoas comuns e não com os procedimentos formais meramente.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes; MEDAUAR, Odete (Coord.). **Estatuto da cidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ALVIM NETO, José Manuel de Arruda; CAMBLER, Everaldo Augusto; CLÁPIS, Alexandre Laizo (Coord.). **Lei de registros públicos**: comentada. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

AMADEI, Vicente de Abreu. Concessão de uso especial para fins de moradia e concessão de direito real de uso. *In*: LEVY, Wilson; NALINI, José Renato (Coord.). **Regularização fundiária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

AMBROSIO, Rafael Paulo. **Acesso à terra urbana e informalidade** – Vila Progresso e o aluguel de chão. 2013. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Justiça distributiva e aplicação do direito**. Porto Alegre: Fabris, 1983.

AZEVEDO, Tatiana Soares de; BEDNARSKI, José Luiz. **Direito constitucional econômico**: uma releitura da constituição econômica brasileira de 1988. Barueri: Minha Editora, 2007. (Culturalismo Jurídico). Coordenadores Cláudio Lembro e Monica Herman S. Caggiano.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. **Usucapião constitucional urbano e rural**: função social da propriedade. São Paulo: Atlas, 1998.

BASTOS, Celso; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BENACCHIO, Marcelo; CASSETTARI, Denis. Regularização fundiária urbana como efetivação do direito humano à moradia adequada. *In*: NALINI, José Renato; LEVY, Wilson. (Coord.). **Regularização fundiária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito civil**: direito das coisas, v. I. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.

_____. **Direita e esquerda**: razões e significados de uma distinção política. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1995. Tradução de Marco Aurélio Nogueira.

BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 14, n. 40, p. 155-176, set. 2000. Quadrimestral. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142000000300016&script=sci_arttext>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. **Do Estado liberal ao Estado social**. 5. ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1993.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Usucapião administrativa**: de acordo com o novo Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **II Pacto Republicano de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo.** Brasília: 2009.

_____. **Emenda constitucional nº 45:** exposição de motivos. Brasília: 2004.

_____. **Novo Código de Processo Civil:** exposição de motivos. Brasília: 2004.

_____. **Pacto de Estado por um judiciário mais rápido e republicano.** Brasília: 2004.

_____. **Proposta de formalização do Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano:** exposição de motivos nº 204. Brasília: 2004.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Acesso à justiça por sistemas alternativos de administração de conflitos.** Brasília, 2005.

_____. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Unidades de conservação:** o que são. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/areas-protegidas/unidades-de-conservacao/o-que-sao>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil:** inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei nº 13.105/15. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUFULIN, Augusto Passamani. Usucapio libertatis. **Revista de Direito Privado**, v. 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BUITONI, Ademir. **A ilusão do normativismo e a mediação.** Disponível em: <<http://www.usjt.br/cursos/direito/arquivos/ilusao.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARDOSO, Patrícia de Menezes. **Democratização do acesso à propriedade pública no Brasil:** função social e regularização fundiária. 2010. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CASTANHEIRO, Ivan Carneiro. Regularização fundiária urbana: fundamentos, aspectos práticos e propostas. *In*: LEVY, Wilson; NALINI, José Renato (Coord.). **Regularização fundiária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CERQUEIRA, Marcello. **A Constituição na história**: origem e reforma: da Revolução Inglesa de 1640 à crise do Leste Europeu. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Propriedade imobiliária**: função social e outros aspectos. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CHAVES, Carlos Fernando Brasil; REZENDE, Afonso Celso F. **Tabelionato de notas e o notário perfeito**. 6. ed. Campinas: Millennium, 2011.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**: direito de empresa. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**. A questão agrária e a justiça. Juvelino José Strozake (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Estado, empresa e função social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 732, out. 96.

CORDEIRO, Carlos José. **Usucapião especial urbano coletivo**: abordagem sobre o Estatuto da Cidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DIAS, Fábio Henrique Di Lallo. **Usucapião da propriedade imaterial**. 2010. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. I. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. **Questões do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: reais**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Curso de direito civil: parte geral e Lindb**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ, Patrícia André de Camargo. Regularização fundiária e desenvolvimento econômico sustentado: Novos instrumentos jurídicos para regularização de terras urbanas. Alternativas de custeio. *In*: LEVY, Wilson; NALINI, José Renato (Coord.). **Regularização fundiária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Estatuto da cidade comentado: lei 10.257/2001 – Lei do meio ambiente artificial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 2. ed. em *e-book*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Tradução de Álvaro de Vita.

FORNEROLLI, Luiz Antônio Zanini. **A função social e a propriedade imóvel privada**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

FUKASSAWA, Fernando. **Regularização fundiária urbana: lei nº 11.977/09**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FULGÊNCIO, Tito. **Da posse e das ações possessórias**, v. I. 9. ed. revista e atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GALMACCI, Thanyelle. **A demarcação urbanística e a legitimação da posse como instrumentos da regularização fundiária de interesse social**. 2012. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

GASPARINI, Diogenes. **O estatuto da cidade**. São Paulo: NDJ, 2002.

GÓES, Renato Guilherme. Regularização fundiária urbana: polêmicas e controvérsias. *In*: LEVY, Wilson; NALINI, José Renato (Coord.). **Regularização fundiária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 15. ed. Atualizado por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. 2: teoria geral das obrigações. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Direito civil brasileiro**, v. 5: direito das coisas. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Discurso de agradecimento pela medalha Teixeira de Freitas**. 2003. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67608/70218>>. Acesso em: 03 out. 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**, v. 1. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

HORBACH, Carlos Bastide. Diretrizes gerais. *In*: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes; MEDAUAR, Odete (Coord.). **Estatuto da cidade**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. **Efeitos da hipoteca em face do usucapião**. 2005. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/92224/efeitos_hipoteca_face_kriger_filho.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2016.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Doeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006

KUMPEL, Vitor Frederico. **O novo código de processo civil: o usucapião administrativo e o processo de desjudicialização**. 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI207658,101048-O+novo+Codigo+de+Processo+Civil+o+usucapiao+administrativo+e+o>>. Acesso em: 14 out. 2014.

LAHR, Helena. A lógica perversa da irregularidade/regularização dos loteamentos clandestinos ou irregulares. *In*: LEVY, Wilson; NALINI, José Renato (Coord.). **Regularização fundiária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

LESSA, Cláudio Humberto. **Marcação e destituição de identidade político-discursiva em ensaios de intelectuais de esquerda: valores, imaginários e a projeção de auto e hetero-imagens**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Letras da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

LEVY, Wilson; NALINI, José Renato (Coord.). **Regularização fundiária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

LÔBO, Paulo. **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. Organizador Gustavo Tepedino. São Paulo: Atlas, 2008.

LOTUFO, Renan. **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. Organizador Gustavo Tepedino. São Paulo: Atlas, 2008.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Do direito das coisas. *In*: PELUSO, Cezar (Coord.). **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. Barueri: Manole, 2014.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática**. 4. ed. São Paulo: Método, 2013.

LUDWIG, Marcos de Campos; VARELA, Laura Beck. **Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito**. A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Fabris, 2003.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEDAUAR, Odete. Diretrizes gerais. *In*: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes; MEDAUAR, Odete (Coord.). **Estatuto da cidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MERÇON-VARGAS, Sarah. **Meios alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais**. 2012. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações:** ações declarativas, tomo II. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil:** direito das coisas. 37. ed. Atualizado por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Direito civil contemporâneo:** novos problemas à luz da legalidade constitucional. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. Organizador Gustavo Tepedino. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. **O conceito de justiça distributiva no Estado Democrático de Direito:** uma compreensão da justiça distributiva e do acesso à justiça no estado constitucional democrático brasileiro. 2009. 172 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo:** parte introdutória, parte geral, parte especial. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. Funções essenciais à Justiça. *In:* MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Tratado de direito constitucional.** v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MUKAI, Sylvio Toshiro. **Regularização fundiária sustentável urbana e seus instrumentos.** 2007. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

NALINI, José Renato. Perspectivas da regularização fundiária. *In:* LEVY, Wilson; NALINI, José Renato (Coord.). **Regularização fundiária.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. Prefácio. *In:* CHAVES, Carlos Fernando Brasil; REZENDE, Afonso Celso F. **Tabelionato de notas e o notário perfeito.** 6. ed. Campinas: Millennium, 2011.

_____. **Usucapião em cartório.** 2014. Disponível em: <<http://renatonalini.wordpress.com/2014/05/16/usucapiao-em-cartorio/>>. Acesso em: 14 out. 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. **Código civil comentado**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ORLANDI, Eni Puccinelli. **As formas do silêncio**: no movimento dos sentidos. 6. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2007.

ORLANDI, Eni Puccinelli et al. Discurso, imaginário social e conhecimento. **Em Aberto**, Brasília, v. 14, n. 61, p. 53-59, 1994. Trimestral.

PADIN, Patrícia Waldmann. **Aspectos fundamentais do usucapião coletivo**. 2010. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário**: completo. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

PêCHEUX, Michel. **O discurso**: estrutura ou acontecimento. 5. ed. Campinas: Pontes Editores, 2008.

PELUSO, Cezar (Coord.). **Código civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. Barueri: Manole, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direitos reais. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Virgílio de Sá. **Manual do código civil brasileiro**, v. VIII: direito das coisas da propriedade. Coordenador Paulo Lacerda. 2. ed. histórica atualizada legislativamente. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERTENCE, Sepúlveda. **Presidente do TSE vê “crise inédita”**. 2003. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1808200304.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012.

PIMENTEL, Fabricio Andrade Ferreira Girardin. **O registro da sentença de usucapião coletiva**. 2010. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo**, v. 1: teoria geral do processo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião**, v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Tratado de usucapião**, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1992.

RIBEIRO, Flávia Pereira. **Desjudicialização da execução civil**. 2012. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**, v. 1: introdução e parte geral. Atualizado por Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999.

_____. **Instituições de direito civil**, v. 2: direito de família, direitos reais e posse. Atualizado por Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999.

_____. **Instituições de direito civil**, v. 3: direito das obrigações e direito hereditário. Atualizado por Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999.

SANTOS, Anderson. **Função social da propriedade urbana: regularização fundiária**. 2008. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

_____. **Classe média é ingrata e não será leal a outros governos.** 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/08/1675611-classe-media-e-ingrata-e-nao-sera-leal-a-outros-governos-diz-sociologo.shtml>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

_____. **Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada.** 1974. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura_pasargada_passar.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2016.

SANTOS, Gustavo Ferreira. A constituição da primeira república brasileira. **História constitucional**, n. 4, 2003. Disponível em: <<file:///C:/Users/Win7/Downloads/200-744-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2015, p. 337.

SANTOS, Milton. **O retorno do território.** 2005. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal16/D16Santos.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2016.

SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. A usucapião tabular. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 78. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SAULE JÚNIOR, Nelson; CARDOSO, Patrícia de Menezes. **O direito à moradia no Brasil** – relatório da Missão Conjunta da Relatoria Nacional e da ONU 29 de maio a 12 de junho de 2004 – Violações, práticas positivas e recomendações ao governo brasileiro. São Paulo: Instituto Pólis, 2005.

SAULE JUNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares.** Sergio Antonio Fabris editor: Porto Alegre, 2004.

SILVA, Andreia Aleixo. **Discurso político e poder no Brasil da era neoliberal:** argumentação e construção do éthos no manuseio do poder. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Letras da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

SILVA, Érica Barbosa. **A efetividade da prestação jurisdicional a partir da conciliação.** 2012. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. **Direito constitucional econômico: uma releitura da constituição econômica brasileira de 1988.** Barueri: Minha Editora, 2007. (Culturalismo Jurídico). Coordenadores Cláudio Lembro e Monica Herman S. Caggiano.

SOUZA DE OLIVEIRA, Fábio Corrêa. **Morte e vida da Constituição Dirigente.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOUZA, Marcelo Lopes de. **Mudar a cidade: uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbanos.** 10 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015.

SOUZA NETO, João Baptista de Mello. Retificação administrativa. *In*: ALVIM NETO, José Manuel de Arruda; CAMBLER, Everaldo Augusto; CLÁPIS, Alexandre Laizo (Coord.). **Lei de registros públicos: comentada.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SPINAZZOLA, Patrícia Cezário Silva. **Impactos da regularização fundiária no espaço urbano.** 2008. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de; **Ciência política e teoria do estado.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil.** 5. ed. São Paulo: Método, 2015.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito constitucional econômico.** 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **Contornos constitucionais da propriedade privada.** Temas de Direito Civil. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2001.

_____. **Notas sobre a função social dos contratos.** Temas de direito civil, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **Temas de direito civil.** 2. ed. São Paulo: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos, v. 6, n. 6, p. 101-119, jun. 2005. Anual.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, v. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TOMELIN, Georghio Alessandro. Silêncio-inadimplemento no processo administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 226, p. 281-292, out./dez. 2001.

TOPIK, Steven. **A presença do estado na economia política do Brasil: de 1889 a 1930**. Rio de Janeiro: Record, 1987.

VAZZOLER, Anna Claudia Pardini. **Usucapião coletiva como instrumento de eficácia do direito fundamental à moradia**. 2008. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VILLA, Marco Antonio. **A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio**. São Paulo: Leya, 2011.

WATANABE, Kazuo. **Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2016.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.