

RODRIGO RODRIGUES CORREIA

Usucapião como meio de fraude à disciplina do parcelamento do solo

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor Nestor Duarte

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2020

RODRIGO RODRIGUES CORREIA

Usucapião como meio de fraude à disciplina do parcelamento do solo

Dissertação apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Civil, sob a orientação do Professor Doutor Nestor Duarte.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2020

RESUMO

CORREIA, Rodrigo Rodrigues. Usucapião como meio de fraude à disciplina do parcelamento do solo. 195 páginas. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

O trabalho debate a utilização deliberada da usucapião, para substituir a formalização das transmissões imobiliárias, como meio de fraudar a disciplina do parcelamento do solo. Inicialmente, é traçado um panorama geral da usucapião, em que se destaca seu importante papel na regularização de imóveis, aspecto presente em diversas fases do desenvolvimento histórico do instituto. A avaliação dos elementos da categoria da usucapião permite identificar que os debates sobre a possível fraude ao parcelamento devem se dar no entorno do pressuposto da *res habilis*. Em seguida, são avaliadas as contribuições da jurisprudência dos tribunais superiores, para a compreensão do problema da usucapião de imóveis indevidamente parcelados. Com estas bases, são avaliados os aspectos gerais da fraude à lei e como ela se aplicaria à usucapião, oportunidade em que é sugerida uma solução conciliatória para viabilizar o reconhecimento da aquisição. Ao final, são avaliados os quatro meios processuais de reconhecimento da usucapião, a regularização fundiária urbana e rural e os processos judicial e extrajudicial, para verificar se a solução proposta pode ser viabilizada.

Palavras-chave: usucapião de imóveis; parcelamento do solo; fraude à lei; regularização fundiária; usucapião extrajudicial.

ABSTRACT

CORREIA, Rodrigo Rodrigues. *Usucapion as a means of defrauding the land parceling discipline*. 195 pages. Master's degree - Law School, University of São Paulo, 2020.

The paper discusses the deliberate use of usucapion, to replace the formalization of real estate transmissions, as a means of defrauding the land parceling discipline. Initially, an overview of the usucapion is outlined, highlighting its important role in the regularization of real estate, an aspect present in various phases of the institute's historical development. The evaluation of the elements of the category of usucapion allows us to identify that the debates about the possible installment fraud should take place around the assumption of *res habilis*.

Then, the contributions of the jurisprudence of the superior courts to the understanding of the problem of the misappropriation of unduly parceled properties are evaluated. On this basis, the general aspects of fraud to the law and how it would apply to usucapion are evaluated, in which case a conciliatory solution is suggested to enable the recognition of the acquisition. In the end, the four procedural means of recognizing the usucapion, the urban and rural land regularization and the judicial and extrajudicial processes are evaluated to verify if the proposed solution can be made viable.

Keywords: real estate usucapion; land parceling; fraud to the law; land regularization; extrajudicial usucapion.

RESUMEN

CORREIA, Rodrigo Rodrigues. Usucapion como medio de fraude en la disciplina de parcelación de tierras. 195 páginas. Master - Facultad de Derecho, Universidad de São Paulo, 2020.

El documento discute el uso deliberado de usucapion, para reemplazar la formalización de las transmisiones de bienes raíces, como un medio para defraudar la disciplina de parcelación de tierras. Inicialmente, se describe una visión general del usucapion, destacando su importante papel en la regularización de los bienes inmuebles, un aspecto presente en varias fases del desarrollo histórico del instituto. La evaluación de los elementos de la categoría de usucapion nos permite identificar que los debates sobre el posible fraude deben tener lugar alrededor del supuesto de *res habilis*. Luego, se evalúan las contribuciones de la jurisprudencia de los tribunales superiores a la comprensión del problema de la apropiación indebida de propiedades indebidamente parceladas. Sobre esta base, se evalúan los aspectos generales del fraude a la ley y cómo se aplicaría a la posesión adversa, en cuyo caso se sugiere una solución conciliatoria para permitir el reconocimiento de la adquisición. Al final, se evalúan los cuatro medios procesales para reconocer la usucapion, la regularización de tierras urbanas y rurales y los procesos judiciales y extrajudiciales para verificar si la solución propuesta puede hacerse viable.

Palabras clave: usucapion de bienes inmuebles; parcelación de tierras; fraude a la ley; regularización de tierras; usucapion extrajudicial.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	5
2	PANORAMA GERAL DA USUCAPIÃO	10
2.1	Conceito e natureza jurídica	11
2.2	Fundamentos e finalidade da usucapião.....	17
2.3	Desenvolvimento histórico da usucapião.....	21
2.3.1	Direito Romano	21
2.3.2	Direito Português – Período Intermédio e Ordenações.....	33
2.3.3	Direito Brasileiro	38
2.4	Elementos da usucapião.....	49
2.4.1	Posse (<i>possessio</i>)	50
2.4.1.1	“Possuir como seu” (<i>affectio tenendi</i>).....	56
2.4.1.2	Ausência de oposição.....	59
2.4.1.3	Ausência de interrupção.....	60
2.4.2	Tempo (<i>tempus</i>).....	63
2.4.3	Coisa hábil (<i>res habilis</i>).....	66
2.4.3.1	Aptidão para a posse e aquisição. Bens condominiais	67
2.4.3.2	Bens públicos	70
2.4.4	Justo título (<i>titulus</i>).....	75
2.4.5	Boa-fé (<i>fides</i>)	79
2.5	Modalidades de usucapião de imóveis	82
2.5.1	Usucapião extraordinária (art. 1.238 do Código Civil).....	83
2.5.2	Usucapião ordinária (art. 1.242 do Código Civil).....	83
2.5.3	Usucapião constitucional agrária (art. 191 da Constituição Federal de 1988).....	85
2.5.4	Usucapião especial indígena (art. 33 da Lei 6.001 de 1973).....	87
2.5.5	Usucapião constitucional urbana individual (art. 183 da Constituição Federal).....	88
2.5.6	Usucapião urbana coletiva (art. 10 da Lei 10.257/2001)	88
2.5.7	Usucapião familiar (art. 1.240-A do Código Civil)	90
2.6	Efeitos da usucapião.....	94
2.7	Conclusões a partir do panorama geral da usucapião	99

3	USUCAPIÃO DE IMÓVEIS PARCELADOS INDEVIDAMENTE	101
3.1	Limitações ao parcelamento da propriedade	101
3.1.1	Limitações ao parcelamento rural	104
3.1.2	Limitações ao parcelamento urbano	106
3.2	Jurisprudência sobre a usucapião de imóveis irregulares	109
3.2.1	Parâmetros de pesquisa e avaliação quantitativa das decisões do Supremo Tribunal Federal....	109
3.2.2	Avaliação qualitativa das decisões do Supremo Tribunal Federal.....	114
3.2.3	Parâmetros de pesquisa e avaliação quantitativa das decisões do Superior Tribunal de Justiça.	120
3.2.4	Avaliação qualitativa das decisões do Superior Tribunal de Justiça.....	122
3.3	Utilização da usucapião como meio de fraude à lei	130
3.3.1	Art. 13, § 2º do Provimento nº 65 de 2017 do Conselho Nacional de Justiça	130
3.3.2	Aspectos gerais da fraude à lei	134
3.3.3	Fraude à lei aplicada à usucapião de imóveis	142
3.3.4	Efeitos da fraude na usucapião de imóveis	145
3.4	Conclusões sobre a usucapião de imóveis irregulares	149
4	RECONHECIMENTO DA USUCAPIÃO	151
4.1	Reconhecimento judicial.....	151
4.2	Reconhecimento em regularização fundiária rural.....	155
4.3	Reconhecimento em regularização fundiária urbana	159
4.4	Reconhecimento extrajudicial.....	162
4.4.1	Ata notarial de usucapião.....	165
4.4.2	Direção do processo pelo registrador de imóveis	169
4.4.3	Instrução e contraditório	172
4.4.4	Conclusões sobre a fraude nos procedimentos para o reconhecimento da usucapião.....	178
5	CONCLUSÃO	180
	REFERÊNCIAS	185

1 INTRODUÇÃO

A introdução da via extrajudicial de reconhecimento da usucapião no ordenamento jurídico, pelo Código de Processo Civil de 2015, trouxe expectativas de maior rapidez e simplificação à regularização de imóveis. Entretanto, essa expectativa de facilitação suscita preocupações sobre a possibilidade de utilização da usucapião como meio de fraudar a lei; desviando, assim, o instituto de sua finalidade legal de estabilização de situações consolidadas pela posse.

Por ser modo originário de aquisição de direitos reais, a deliberada utilização da usucapião para substituir a formalização das transmissões imobiliárias pode ser extremamente vantajosa para as partes, mas também oferece riscos sociais¹.

A avaliação do desenvolvimento histórico da usucapião revela, aliás, que a cautela contra a utilização da usucapião com o intuito de fraude não é uma novidade. No Direito Romano, essa mesma apreensão fundamentava a impossibilidade da usucapião de coisas gravadas com cláusula convencional de indisponibilidade. Contra possíveis fraudes, a usucapião era equiparada à alienação².

No âmbito tributário, por exemplo, a escolha pela usucapião permitiria ao adquirente de um imóvel obter a regularização de sua propriedade, inclusive com a abertura de nova matrícula em Registro Imobiliário. Seriam afastados, assim, os efeitos tributários das operações imobiliárias, como o ITBI, ITCMD, o imposto de renda sobre o lucro imobiliário e as contribuições previdenciárias sobre eventual construção.

¹ “[...] deve-se ter muito cuidado para evitar o abuso do direito e a fraude na substituição da usucapião pelo negócio jurídico. Sempre deve ser aferida a efetiva necessidade do procedimento”. AHUALI, Tânia Mara. *Breves apontamentos sobre a usucapião administrativa*. Disponível em <<http://iregistradores.org.br/breves-apontamentos-sobre-a-usucapiao-administrativa>> [29/10/2019].

“A usucapião não é uma porta dos fundos para que eu deixe de pagar impostos. A usucapião é necessidade de regularizar a propriedade imóvel que eu não consigo fazer pelos meios normais”. LOUREIRO, Francisco Eduardo. Entrevista concedida com transcrição disponível em: <https://issuu.com/uniregistrat/docs/transcricao_usucapiaoadministrativa_776173eb4af33b> [17/03/2018].

² *L'ultima categoria di cose sottratte all'usucapione è costituita dal divieto generale di usucapir ele cose, di cui è vietata l'alienazione. Il principio generale è espresso in una celebre massima, enunziata nella L. 28 pr. D. De v. s. 50, 16 di Paolo, che equipara l'usucapione all'alienazione (2). Si è tentato di restringere questo divieto in varii modi; per esempio, riferendolo alle usucapioni volontariamente subite e quindi in fraudem legis [...]*. BONFANTE, Pietro. BONFANTE, Giuliano. CRIFÒ, Giuliano. *Corso di Diritto Romano*. vol. 2. *La Proprietà – Parte II*. Milão: Giuffrè, 1968, p. 322.

Cuidando dos possíveis efeitos tributários na utilização desnecessária da usucapião, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, ao regulamentar a participação dos serviços notariais e de registro de imóveis no processo extrajudicial de usucapião, por meio do Provimento nº 65 de 2017, estabeleceu a necessidade de justificação dos óbices à correta escrituração das transações, para evitar que a usucapião funcione como meio de burla dos requisitos legais do sistema registral e dos impostos incidentes sobre os negócios imobiliários (art. 13, § 2º).

O oficial de registro de imóveis possui o dever de alertar o requerente e as testemunhas de que a prestação de declaração falsa, nessa justificação, configura crime de falsidade, sujeito às penas da lei³. O provimento ainda esclarece que o oficial de registro de imóveis não exigirá, para o registro da usucapião, a prova do pagamento do imposto transmissivo de bens imóveis, por se tratar de aquisição originária de domínio (art. 24).

Os riscos da utilização voluntária da usucapião não se restringem, no entanto, ao campo tributário e aos requisitos do sistema registral. As regras de parcelamento do solo, como as que definem as dimensões mínimas dos imóveis, para que sejam capazes de efetivar suas funções sociais, também são passíveis de serem fraudadas pela utilização deliberada da usucapião.

Além disso, por se tratar de regras que incidem sobre o poder de disponibilidade do titular do domínio (*ius disponendi*), a rigor, não recaem sobre as aquisições originárias.

Sobre este tema, o provimento esclarece que a usucapião não se confunde com as condutas penais que violam as regras de parcelamento do solo urbano (art. 25). Isso indica que o Conselho Nacional de Justiça considerou a usucapião como um importante instrumento de regularização fundiária, razão pela qual a aquisição de imóvel com conformações em desacordo com a disciplina do parcelamento do solo não configura, por si, um ilícito.

Uma das primeiras decisões a respeito da usucapião extrajudicial, ao julgar apelação civil em dúvida registral, considerou que se a usucapião ocorreu de fato, então “os proprietários podem perfeitamente optar por registrar sua propriedade originária, não

³ Art. 13, § 2º, Provimento nº 65 de 2017 do CNJ. Em qualquer dos casos, deverá ser justificado o óbice à correta escrituração das transações para evitar o uso da usucapião como meio de burla dos requisitos legais do sistema notarial e registral e da tributação dos impostos de transmissão incidentes sobre os negócios imobiliários, devendo o registrador alertar o requerente e as testemunhas de que a prestação de declaração falsa na referida justificação configurará crime de falsidade, sujeito às penas da lei.

podendo ser imposto que, mesmo usucapindo o bem, devam adquirir a propriedade de forma derivada”⁴.

É necessário, contudo, diferenciar as ocasiões em que a usucapião efetivamente cumpre o seu justo papel de tutelar pessoas que consolidaram ocupações – nelas desempenhando função social que justifique o reconhecimento da aquisição originária – das situações em que as partes, deliberadamente, utilizam a via da usucapião para fraudar a lei.

Sendo a regularização fundiária destinada a prevenir e desestimular a formação de novos núcleos informais, a usucapião, que consiste em um de seus mais importantes instrumentos, não poderia se converter em um meio de produção de novas situações de irregularidade com relação às regras de parcelamento do solo.

De fato, o instituto da usucapião destina-se a sanear transmissões com ocorrências de vícios, em razão dos quais as aquisições derivadas não puderam se concretizar. O Direito efetiva esse saneamento instaurando um novo domínio no patrimônio jurídico do usucapiente. Desse modo, os vícios incidentes sobre as operações transmissivas desaparecem; são saneados.

Em contrapartida, os vícios relativos à disciplina do parcelamento do solo persistem, porque o domínio é reconhecido sobre imóvel em desconformidade com seus parâmetros básicos, o que dificulta, indefinidamente, o adequado desempenho de sua função social.

Atentas a essa questão, as regras de regularização fundiária, rural e urbana, além de promoverem a titulação dominial dos ocupantes, cuidam principalmente do planejamento e execução de medidas destinadas a neutralizar e mitigar os efeitos desses vícios de ordem urbanística e agrária.

Assim, além da necessidade de haver critérios para aferir se a usucapião está sendo utilizada para fraudar a lei, é importante questionar se, nos casos de vícios de ordem urbanística ou agrária, o usucapiente pode escolher a via da usucapião extrajudicial ou se

⁴ “Da mesma forma, o fato de os titulares de domínio da área maior serem sogros do requerente, e também promitentes vendedores do imóvel usucapindo, também não seria óbice ao registro da usucapião. Isso porque a usucapião traduz aquisição originária de propriedade, que independe de manifestação de vontade de anteriores proprietários, sem vínculo com a cadeia dominial antecedente. Se a prescrição aquisitiva, de fato, ocorreu, os proprietários podem perfeitamente optar em registrar sua propriedade originária, não podendo ser imposto que, mesmo usucapindo o bem, devam adquirir a propriedade de forma derivada, decorrente de negócio jurídico”. CSMSP – Ap. Cível nº 1002214-84.2017.8.26.0281, julgado em 23/04/2018, publicado no DJ de 12/07/2018, relator Geraldo Francisco Pinheiro Franco.

deverá passar pela via da regularização fundiária, para possibilitar a adequada mitigação ou a neutralização dessas desconformidades.

Nesse sentido, o presente trabalho investiga a possibilidade de utilização da usucapião para fraudar as regras do parcelamento do solo, respondendo às seguintes questões: (1) É possível a usucapião de propriedade de imóvel cujas conformações atentem contra a disciplina do parcelamento? (2) Deve o reconhecimento da usucapião ser denegado quando identificado que os interessados buscam voluntariamente a usucapião de imóvel para fraudar a lei? (3) Quais parâmetros podem ser utilizados para identificar situações de fraude? (4) O usucapiente de imóvel com vícios pode escolher entre processo de reconhecimento de usucapião e a regularização fundiária para obter a declaração da aquisição originária?

Ao longo da pesquisa, foram empregados os métodos: histórico, buscando reconstruir o desenvolvimento dos institutos a serem estudados; dialético, com análise das posições doutrinárias e jurisprudenciais do problema, além da coleta de jurisprudência para verificar a tendência dos tribunais superiores a respeito do tema; e o método dedutivo, pela reflexão a respeito dos aspectos e princípios incidentes sobre a usucapião, em interação com as questões propostas.

Os resultados obtidos a partir do desenvolvimento deste trabalho serão expostos em três capítulos principais. O primeiro demonstra o ponto de partida da pesquisa, com uma visão panorâmica do instituto da usucapião, para investigar sua finalidade, o desenvolvimento histórico, os elementos integrantes dessa categoria, além dos seus efeitos e as modalidades de usucapião presentes em nosso ordenamento.

A partir dessa visão geral, é possível situar o aspecto do instituto da usucapião em que reside a problemática dos vícios relativos à disciplina do parcelamento do solo: o pressuposto da *res habilis*.

O segundo capítulo, por sua vez, trata da usucapião de imóveis parcelados indevidamente, apresentando inicialmente, as limitações legais que devem ser observadas por quem promove a subdivisão de imóveis, a possibilidade de usucapião de imóveis fragmentados, sem a observação destas restrições, e a possibilidades da usucapião ser utilizada como meio de fraudar estas restrições legais.

O terceiro capítulo discorre sobre os meios processuais pelos quais a usucapião pode ser reconhecida, o processo judicial, os processos de regularização fundiária e o processo extrajudicial perante o Registro Imobiliário. São apontadas, ademais, as diferenças constatadas entre os processos, com relação à sua capacidade de cuidar de hipóteses de fraude à disciplina do parcelamento. Em seguida, discute-se se algum desses processos se revela mais adequado para regularizar imóveis, quando o usucapiente participa da fraude à disciplina do parcelamento,

Ao final, serão apresentadas as conclusões alcançadas a partir da pesquisa realizada, com as soluções propostas para as questões apontadas como objeto deste trabalho.

2 PANORAMA GERAL DA USUCAPIÃO

Este capítulo dedica-se a apresentar uma visão panorâmica da usucapião, por meio da exposição das bases teóricas a partir das quais se pretende debater a possibilidade do reconhecimento da aquisição de imóvel desconforme com a disciplina do parcelamento, considerando-se a possibilidade de desvirtuamento do instituto como meio de fraudar a lei.

Tal preocupação com o desvirtuamento da usucapião suscita a importância da avaliação das suas finalidades e das justificativas pelas quais o Direito possibilita a aquisição originária de direitos a partir da posse.

Como será melhor demonstrado abaixo, a usucapião tem como objetivo estabilizar relações entre pessoas e coisas consolidadas pelo decurso do tempo. Na maioria dos casos, essa estabilização não pretende solucionar um conflito entre duas pessoas sobre o domínio de um bem. A usucapião oferece segurança jurídica principalmente porque sanear vícios da transmissão e que inviabilizavam, até então, a aquisição derivada da coisa.

Nesse sentido, o estudo histórico se faz importante porque revela a importância atribuída a estas duas finalidades – pacificação de conflitos e saneamento de vícios da transmissão – ao longo do desenvolvimento do instituto. Além disso, a análise cronológica também demonstra que as cautelas contra o desvirtuamento da usucapião já eram tomadas pelos romanos para evitar sua utilização como meio de fraudar a lei.

Assim, na contramão da lógica de que, à medida em que as sociedades se desenvolvem, a usucapião reduz a sua relevância no mundo jurídico, a avaliação do histórico brasileiro revela que a importância do instituto foi crescente, como demonstra a multiplicação das suas modalidades.

A usucapião permitiu, sem dúvidas, consolidar o domínio privado no país e, dessa maneira, serviu de meio de acesso à propriedade para o trabalho e a moradia. Atualmente, tal instituto reveste-se de uma importância ainda maior, já que atua como expresso instrumento legal de regularização fundiária.

Na apresentação do panorama geral da usucapião, também é importante elencar as diversas modalidades previstas na lei brasileira, com suas peculiaridades. O conhecimento

das modalidades será importante para a avaliação jurisprudencial a ser realizada no segundo capítulo, quando, então, se discutirá se as razões de decisões a respeito de uma modalidade de usucapião podem ser estendidas para as demais.

Finalmente, este capítulo aborda os efeitos da usucapião – oportunidade em que se avalia se o seu regime legal apresenta soluções para a lida com os efeitos deletérios do possível reconhecimento da aquisição de direitos sobre imóveis em desconformidade com a disciplina do parcelamento do solo.

2.1 Conceito e natureza jurídica

A usucapião pode ser conceituada como modo originário de aquisição da propriedade e de outros direitos reais, com fundamento na posse prolongada e qualificada por outros requisitos legais⁵.

A palavra “usucapião” provém do termo latino *usucapio*, que resultava da união dos verbos *usus* e *capio*. Desse modo, a *usucapio* significava a tomada ou aquisição da coisa pelo uso, sendo empregada no gênero feminino⁶.

Na língua portuguesa, a preponderância da ideia de uso provocou a utilização do vocábulo no gênero masculino, como fez o Código Civil de 1916. Mas a redação da legislação vigente, abrangida pela Lei nº 6.969 de 1982, Estatuto da Cidade e Código Civil de 2002, se refere à usucapião no gênero feminino.

O presente trabalho fez a opção de empregar o termo “usucapião” no feminino, para manter-se, então, em harmonia com a legislação vigente.

⁵ Este é o conceito clássico encontrado no Digesto, atribuído a Modestino: “*Usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti*” (D. 41, 3.3, Fr. Modestino). VIANA, Marco Aurelio S. *Curso de direito civil. vol. 3. Direitos reais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 127.

⁶ VAZ, Nelson. *Grafia e Gênero de usucapião*. Rio de Janeiro: Universidade do Brasil, 1958.

“Quanto ao gênero da palavra é certo que os mesmos dicionários lhe atribuem o masculino. Mas a despeito disso, pensamos que o Código teria andado melhor se lhe houvesse atribuído o feminino. A ‘usucapião’ dizia o projeto primitivo, de Clovis. O mesmo acontecia no texto revisto, da comissão dos juriconsultos. No texto da Comissão Especial da Câmara é que aparece, pela primeira vez, o ‘usucapião’. O texto do Senador Rui Barbosa adotou ‘o usucapião’, e assim permaneceu até o texto definitivo da lei 3.071 de 1 de janeiro de 1916”. CARPENTER, Luiz F. *Da Prescrição (Artigos 161 a 179 do Código Civil)*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito Ltda., 1958, p. 18.

Ainda em relação a terminologias, vale destacar que a expressão “*prescrição aquisitiva*”, apesar de empregada em certos contextos, é considerada inadequada para se referir ao instituto da usucapião. Tal expressão retira a clareza do sistema de autonomia entre a usucapião e a prescrição, causando ambiguidades⁷.

É verdade que tanto “usucapião” quanto “prescrição” são expressões que indicam a influência do tempo sobre as relações jurídicas. Isso serviu como justificativa para o tratamento unitário dos institutos em alguns períodos de seu desenvolvimento histórico, como fazia a redação original do Código Civil Francês^{8/9}. Entretanto, mesmo esse Código, paradigma do tratamento unitário da usucapião e da prescrição no Direito Contemporâneo, se afastou de tal sistema. Desde a Lei nº 561, de 17 de junho de 2008, o Código Francês disciplina os institutos separadamente, regulando a prescrição extintiva no ar. 2.219 e seguintes, e a prescrição aquisitiva (usucapião) no art. 2.255 e seguintes¹⁰.

O ordenamento brasileiro segue o modelo dualista de disciplina dos institutos. Eles se diferenciam na medida em que a usucapião tem como características: (a) ser instituto relacionado aos direitos reais, inaplicável aos direitos pessoais; (b) ser modo de aquisição da propriedade e outros direitos reais, embora, por consequência, ocasione a extinção do direito do antigo titular; (c) ter a posse como principal fundamento; (d) ser positiva, porque opera com o predomínio da força geradora de direitos^{11/12}.

⁷ “Tratar usucapião como prescrição retira a clareza do sistema e gera ambiguidade. Prevaleceu no direito brasileiro a não identidade dos institutos e, assim, atualmente, denominar-se a usucapião como prescrição aquisitiva não tem razão de ser”. SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e Decadência: Início dos Prazos*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 162-163.

⁸ “O tempo é o elemento comum da prescrição aquisitiva e prescrição extintiva. Mas você precisa de algo mais. Para a prescrição extintiva, é a inação do titular do direito, do credor: se ele permanecer um certo tempo sem exercer seu direito, ele será extinto. Para prescrição aquisitiva, é sem dúvida a inação do verdadeiro proprietário, mas é também e acima de tudo a posse de quem prescreverá, adquirido mediante prescrição. A prescrição aquisitiva pode ser definida como um modo de adquirir propriedade (ou, às vezes, um direito real, usufruto, servidão) por posse prolongada” (tradução minha). CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. vol. 3. 8ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1975, p. 237.

⁹ Art. 2.219 do Código Civil Francês, na redação original: “A prescrição é um meio de adquirir ou se liberar por um certo lapso de tempo e sob certas condições determinadas pela lei”. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil/cc1804-13t19.pdf>>, [05/06/2018].

¹⁰ Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019013696>>, [06/06/2018].

¹¹ “O que convém indagar é se a prescrição das ações e o usucapião funcionam para o mesmo fim, sendo, portanto, institutos jurídicos da mesma natureza. [...] A natureza dos dois institutos é diferente, já pelos elementos que os integram ou requisitos que pedem: porquanto a prescrição das ações se completa com o só decurso do tempo, ao passo que o usucapião exige mais, além do decurso do tempo, também a posse da coisa, requisito sempre indispensável”. CARPENTER, Luiz F. *Da prescrição (Artigos 161 a 179 do Código Civil)*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito Ltda., 1958, p. 28.

¹² GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Vol. 2. 2ª ed. São Paulo: Forense, 1962, p. 222 a 240.

De outro lado, o instituto da prescrição apresenta como características que o distinguem: (a) ser instituto de aplicação geral; (b) ser meio de extinção de pretensões; (c) ter a inércia do sujeito de direito como seu principal fundamento; (d) ser negativo, porque opera com o predomínio da força extintiva de pretensões, a partir da inércia, paralisando a exequibilidade do direito correlato¹³.

A usucapião, alvo das análises desta pesquisa, é classificada, então, como modo originário de aquisição da propriedade e de outros direitos reais¹⁴.

As aquisições originárias, a saber, resultam de uma relação direta entre o adquirente e a coisa, sem intermediação pessoal. Assim, o direito é adquirido com características novas, pois não se confunde com eventual direito precedente que incidisse sobre a mesma coisa¹⁵.

As aquisições derivadas, por sua vez, resultam de situações com intermediação subjetiva, pela qual ocorre a transmissão de um direito que parte do patrimônio jurídico do alienante para ingressar no patrimônio do adquirente, como ocorre na aquisição por herança e no registro de compra e venda¹⁶.

A classificação como aquisição derivada também pode ser feita pela avaliação do seu suporte fático, verificando-se se é exigida a existência de direito precedente. Esse critério auxilia na classificação de transmissões que ocorrem sem a vontade do transmitente¹⁷.

Nas aquisições derivadas, o direito precedente integra o suporte fático, para que possa ser transmitido do patrimônio do alienante ao patrimônio do adquirente. A arrematação judicial é um exemplo, porque pressupõe um direito do executado a ser forçosamente transmitido, com intervenção do Estado, no exercício do seu poder de excussão. Na arrematação, o Estado substitui o titular do bem executado, exercendo, por ele, a faculdade dominial de disponibilidade.

¹³ Ibidem.

¹⁴ “[...] porquanto, para o usucapiente, a relação jurídica de que é titular surge como direito novo, independente da existência de qualquer vinculação com seu predecessor, que, se por acaso existir, não será o transmitente da coisa”. MONTEIRO, Whashington de Barros. MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de Direito Civil, Volume 3: Direito das Coisas*. 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 141-156.

¹⁵ MONTEIRO; MALUF, op.cit., p. 114-116.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ PASSOS, Josué Modesto. *A arrematação no registro de imóveis: continuidade do registro e natureza da aquisição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 105 e 106.

Nas aquisições originárias, o direito precedente não integra o suporte fático. Eventual direito anterior é irrelevante para a aquisição do direito originariamente adquirido. O direito é atribuído autonomamente ao patrimônio jurídico do adquirente¹⁸.

A usucapião é classificada como modo de aquisição originário porque se opera a partir de uma relação direta entre a pessoa e a coisa adquirida, a posse *ad usucapionem*. Dessa maneira, o direito adquirido não se funda em direito precedente. Não há uma transmissão patrimonial do direito, de um patrimônio jurídico ao outro. O direito é atribuído ao patrimônio jurídico do usucapiente como direito novo¹⁹.

Em divergência, Caio Mário da Silva Pereira classifica a aquisição por usucapião como derivada. Entretanto, a classificação parte de outra premissa: o critério de avaliação da circunstância do domínio sobre a coisa já ter sido titulado por alguém anteriormente. Assim, a aquisição será originária somente nas hipóteses em que o domínio sobre a coisa surge, pela primeira vez, no patrimônio jurídico do usucapiente²⁰.

A mesma divergência é seguida por Lacerda de Almeida, que, ao avaliar a conformação da usucapião romana, destaca que: (a) supunha-se um domínio preexistente, e não domínio por existir; (b) dependia-se de um título capaz de justificar o ingresso na posse; (c) destinava-se, principalmente, a consolidar uma transferência defeituosa; (d) a propriedade era adquirida com os mesmos encargos que gravavam a coisa. Esses aspectos poderiam justificar a classificação da usucapião como aquisição derivada²¹.

De fato, os romanos chegavam a comparar a usucapião à transferência da propriedade. Afirmavam que a alienação compreende a usucapião (*alienationis verbum etiam usucapionem continet*) e que parece alienar quem tolera que a sua coisa seja usucapida (*alienare videtur qui rem suam patitur usucapi*)²². Todavia o conceito de alienação mais

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ “Não se adquire, pela usucapião, ‘de alguém’. Na usucapião, o fato principal é a posse, suficiente para originariamente se adquirir; não, para se adquirir de alguém. [...] Dá-se, então, impossibilidade de coexistência, e não sucessão, ou nascer um do outro. Nenhum ponto entre os dois marca a continuidade. Nenhuma relação, tampouco, entre o perdente do direito de propriedade e o usucapiente”. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XI. Campinas: Bookseller, 2001, p. 153.

²⁰ “[...] considera-se originária a aquisição, quando o indivíduo, num dado momento, torna-se dono de uma coisa que jamais esteve sob o senhorio de outrem. Assim entendendo, não se pode atribuir ao usucapião esta qualificação, porque é modalidade aquisitiva que pressupõe a perda do domínio por outrem, em benefício do usucapiente”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Volume IV*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 118.

²¹ ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda. *Direito das Cousas*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1908, p. 122.

²² RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. vol. 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 586.

adequado atualmente envolve a noção de transferência de um direito de um patrimônio jurídico ao outro. Isso exclui dos modos de aquisição derivada posturas que provocam a extinção de um direito, mas que não são destinados a transferi-los para outro patrimônio, como a usucapião e a renúncia²³.

Por ser originária, a usucapião não é fato gerador de impostos de transmissão imobiliária e não lhe são aplicáveis as exigências de continuidade do registro. Além disso, os ônus e vícios de aquisição incidentes sobre a anterior propriedade não se transferem para a nova propriedade adquirida²⁴.

A usucapião é modo de aquisição da propriedade e de outros direitos reais que possam ser exteriorizados pela posse. Sendo a posse compreendida como o exercício de poderes inerentes à propriedade (art. 1.196 do Código Civil), inicialmente, não seria possível que ela pudesse recair sobre direitos reais limitados. Mas a proteção possessória é autônoma de eventual outro direito, real ou obrigacional, que possa servir como causa para que o possuidor tenha a coisa consigo. Dessa maneira, é possível conferir proteção análoga para resguardar direitos que deem causa à posse, ainda que existam incertezas sobre a sua higidez²⁵.

Seguindo esse raciocínio, a atividade pretoriana desenvolveu o instituto da quase-posse no Direito Romano. A quase-posse destinava-se a permitir a aplicação de meios análogos de tutela da posse em outras situações que autorizavam o exercício de poder imediato sobre a coisa, como a servidão, o usufruto e a superfície²⁶.

MAYNZ, Charles Gustave. *Cours de droit romain: précédé d'une introd. Contenant l'histoire de la législation et des institutions politiques de Rome*. 5ª ed. vol. 1. Bruxelles: Bruylant-Christophe, 1891, p. 458-459. Disponível em: <<https://archive.org/details/coursdedroitroma01mayn/page/766>>, [19/09/2019].

²³ "Entre os romanos, a palavra alienação era interpretada como a perda de um direito já nascido, que uma pessoa suporta conscientemente, ainda que pudesse acontecer sem a sua vontade; *alienationis verbum etiam usucapionem continet, vix enim est, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi (leg 28, Dig. de verb. sig L,16)*. Também se tem definido a palavra alienação em dois sentidos: o lato e o restrito; no primeiro, uma transferência de direito, seja qual fôr o ato que a determina, mesmo não havendo a intenção dessa mesma transferência a uma outra pessoa; no segundo, é o ato mediante o qual uma pessoa transfere a uma outra os seus direitos de propriedade, enfiteuse ou de domínio direto ou os restringe, constituindo um direito real limitado". LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Tratado dos Registros Públicos*. Vol. IV. 6ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1997, p. 128.

MAYNZ, Charles Gustave. 1891, loc.cit.

²⁴ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Arts. 1096 a 1510-A, Livro III – Direito das Coisas in Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. CEZAR, Peluzo (coord.). Barueri: Manole, 2017, p. 1148.

²⁵ CORREIA, Alexandre e SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*. [s.d] Rio de Janeiro: Cadernos Didáticos, p. 123.

²⁶ Ibidem.

Reconhecida a quase-posse, é possível vislumbrar a possibilidade de usucapião de outros direitos reais, desde que exteriorizáveis pela posse, como: o usufruto, o uso, a habitação, a superfície, a servidão aparente e a laje²⁷.

A exigência da aparência da servidão decorre da própria configuração da posse como exteriorização do domínio. Como as servidões não aparentes não são exercidas por meio de uma posse contínua, capaz de exteriorizá-las, falta-lhes o fundamento necessário para a usucapião.

É classificada como aparente a servidão que apresenta sinais exteriores de sua existência, como a de passagem de água por um aqueduto ou a servidão de trânsito exteriorizada por obras. Essa exteriorização do direito viabiliza a tutela possessória e a usucapião (Súmula nº 415 do Supremo Tribunal Federal)²⁸.

A possibilidade de reconhecimento da aquisição de outros direitos reais, além da propriedade, pode ser particularmente interessante tanto para aquele que sofre a perda de somente parcela de seu domínio, tanto para aquele que adquire os direitos. Por exemplo: em casos de exercício de poderes sobre bem público, não é possível a aquisição da propriedade plena, ou mesmo da enfiteuse, por disposição constitucional que define inabilidade dos bens públicos para usucapião (arts. 183, §3º e 191, parágrafo único da Constituição Federal de 1988). Mas se o imóvel já se encontra sob regime foreiro, e a usucapião da enfiteuse ocorre contra particular que estava na posição de enfiteuta, é possível a ocorrência da aquisição, porque a pessoa jurídica de direito público continuará com a sua condição de nua-proprietária do imóvel²⁹.

²⁷ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*, vol. 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 412.

²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. vol. 05. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 463.

Súmula nº 415 do Supremo Tribunal Federal: “Servidão de trânsito não titulada, mas tornada permanente, sobretudo pela natureza das obras realizadas, considera-se aparente, conferindo direito à proteção possessória”.

²⁹ Enfiteuse. Bem dominical de Prefeitura Municipal. Usucapião de domínio útil. - Em se tratando de bem público, o usucapião não é admissível para a constituição de enfiteuse que vai transformar o imóvel em foreiro. O mesmo não sucede, porém, quando - e este é o caso dos autos - o imóvel já era foreiro, e a constituição da enfiteuse em favor do usucapiente se faz contra o particular até então enfiteuta, e não contra a pessoa jurídica de direito público que continua na mesma situação em que se achava, ou seja, na de nua-proprietária. Recurso extraordinário não conhecido (RE 82106, Relator(a): Min. THOMPSON FLORES, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/1977, DJ 07-10-1977 PP-06916 EMENT VOL-01073-02 PP-00768). No mesmo sentido, RE 218324 AgR, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 20/04/2010.

Tal usucapião é possível porque as regras sobre imprescritibilidade dos bens públicos (art. 183, § 3º e 191, parágrafo único, CF) e sobre a extinção progressiva das enfiteuses (art. 49, ADCT) são destinadas às relações entre o Estado e o particular.

A partir da constituição do regime foreiro, as relações incidentes sobre o imóvel, quando envolvem apenas particulares, passam a ser regidas pelo Direito Privado. Como a usucapião da enfiteuse, ainda que originária, ocorre por um particular contra outro, aplicam-se somente as regras privadas da usucapião³⁰.

Outro exemplo é a possibilidade de reconhecimento da aquisição do direito real de laje, como instrumento de regularização dominial, em hipóteses de usucapião urbana coletiva, o que pode substituir a formação de indesejados condomínios especiais, regidos pelo art. 10, §§ 3º a 5º da Lei 10.257 de 2001 (Estatuto da Cidade)³¹.

2.2 Fundamentos e finalidade da usucapião

A usucapião justifica-se na necessidade de assegurar, de modo inequívoco e definitivo, a existência de direito real sobre a coisa, o que constitui a razão final do instituto, sintetizando todos os seus motivos³².

Nas situações de ausência de litígio pelo domínio da coisa, a ser pacificado, a usucapião tem a finalidade de sanear vícios dos negócios transmissivos que tenham impedido a aquisição derivada. Nesses casos, a usucapião viabiliza prova supletória de direito quando o domínio não pode ser regularmente formado pela aquisição derivada, aspecto este presente inclusive na etapa romana de desenvolvimento da usucapião³³.

³⁰ É este o raciocínio utilizado pelo voto do Min. Moreira Alves, no julgamento do RE nº 82.106/PR: “[...] a matéria, nesse momento, é inteiramente regulada pelo Direito Civil, como tem decidido esta Suprema Corte – entre particulares (o que é enfiteuta e o que vai sê-lo), e, não, entre o Poder Público e o particular. Por isso mesmo, não há aqui o empecilho que existe na primeira hipótese, e que existe, porque a relação é entre Poder Público e particular” (RE 82106, Relator(a): Min. THOMPSON FLORES, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/1977, DJ 07-10-1977 PP-06916 EMENT VOL-01073-02 PP-00768).

³¹ MELLO, Henrique Ferraz Corrêa. *Usucapião extrajudicial*. São Paulo: YK, 2016, p. 164.

³² “A prescrição aquisitiva estabelece a firmeza da propriedade, libertando-se de reivindicações inesperadas, calando pleitos numerosos e inextrincáveis, plantando a paz e a segurança na vida social”. RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*, vol. 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 199.

³³ MORATO, Francisco Antônio de Almeida Morato. *Da prescrição nas ações divisórias*. Dissertação para concurso à cadeira de Teoria e Prática do Processo Civil e Comercial (7ª Seção) da Faculdade de Direito de São Paulo. 1917, p. 51.

A usucapião funciona como meio de estabilidade da propriedade e outros direitos, fixando prazo cujo decurso impede o questionamento sobre vícios presentes na causa da aquisição do direito real e do exercício da propriedade³⁴.

Por outro lado, da função de servir como prova subsidiária do direito, não é possível extrair a possibilidade de vislumbrar a usucapião como meio alternativo de formalização de transmissões imobiliárias, por inércia voluntária das partes, motivadas por interesses que escapam das razões pelas quais o instituto fora desenvolvido, como evitar a incidência de regras do parcelamento do solo.

Nas situações em que ocorre disputa pelo domínio, a usucapião se justifica, sob a ótica subjetiva, pelo argumento que reconhece que a desídia do antigo titular deve ser interpretada como renúncia. Por sua vez, sob a ótica objetiva, prevalecem os argumentos que consideram a utilidade social da coisa, a necessidade de segurança social e o aproveitamento econômico do bem, promovido pelo usucapiente durante o período de aquisição³⁵.

A usucapião pune a desídia do proprietário que se mantém inerte para conferir exploração adequada do bem ou opor resistência contra quem o faz. Desse modo, o instituto é um dos veículos jurídicos da função social da propriedade, porque prestigia aquele que confere uma destinação socialmente adequada ao bem usucapido³⁶.

Atualmente, a usucapião assume outro relevante papel, constituindo importante instrumento de regularização fundiária, nos termos do art. 15, II da Lei nº 13.465 de 2017.

A regularização fundiária justifica-se pela necessidade de o Direito oferecer meios para remediar situações irregulares, conduzindo-as à regularidade, neutralizando ou

³⁴ “A usucapião é modo não só de adquirir a propriedade, mas também de sanar os vícios de propriedade ou outros direitos reais adquiridos com vícios a título derivado”. LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Arts. 1096 a 1510-A, Livro III – Direito das Coisas in Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. CEZAR, Peluzo (coord.). Barueri: Manole, 2017, p. 1148.

³⁵ “É socialmente conveniente dar segurança e estabilidade à propriedade [...] A ação do tempo sana vícios e defeitos dos modos de aquisição, porque a ordem jurídica tende a dar segurança aos direitos que confere, evitando conflitos, divergências e mesmo, dúvidas [...] Vem-se admitindo que a usucapião é também um prêmio ao trabalho, justa recompensa a quem, encontrando coisa abandonada, fá-la útil por seu esforço”. GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Vol. 2. 2ª ed. São Paulo: Forense, 1962, p. 225.

³⁶ “É possível agrupar em torno de dez teorizações acerca dos fundamentos da usucapião, muitas delas se entrelaçando, ora vista como pena de negligência, ora como medida da política jurídica, ora como ação destruidora do tempo, ora como a adaptação da situação de direito à situação de fato, ora como a presunção de abandono ou renúncia, ora como motivo de utilidade pública, ora como regra imposta pela necessidade de certeza jurídica, ora como interesse social, ora como instituição necessária à estabilidade dos direitos e, ainda, como fundamento da ordem e estabilidade social”. FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 35-38.

mitigando seus efeitos deletérios. Os seus instrumentos variam de acordo com as estratégias básicas escolhidas para a regularização, isto é, dependem de uma avaliação específica de cada situação, considerando-se o conjunto de fatores envolvidos – como o conflito sobre o domínio, questões de ordem urbanística, social, ambiental, etc.³⁷.

São estratégias possíveis de serem adotadas pelos instrumentos de regularização: conferir primazia ao direito, conferir primazia ao fato consumado ou adotar medidas híbridas.

Os instrumentos que conferem primazia ao direito forçam a adequação do fato irregular à lei, tomando medidas materiais nesse sentido, como ocorre em medidas de desocupação de área de risco ou de proteção ambiental sensível, em sede de regularização fundiária³⁸.

Já os instrumentos que priorizam o fato consumado convertem a situação fática em direito, dando-lhe forma jurídica. Essa é a estratégia que orienta leis que anistiam construções irregulares e a própria usucapião, destinada converter a posse em propriedade.

As medidas híbridas, por sua vez, fogem do rigor dos extremos, combinando em um mesmo contexto, estratégias de adequações do fato à regra e flexibilizações da regra para acomodar o fato. Tal lógica é abraçada pelo regime de regularização fundiária urbana. O projeto pode prever a realização de obras de infraestrutura e urbanização, mas flexibiliza as exigências urbanística sobre parcelamentos e construções irregulares já finalizados. Nas regularizações de áreas ambientais degradadas, podem ser adotadas medidas de recuperação parcial ou de compensação ambiental³⁹.

Como a regularização fundiária pretende prevenir e desestimular a formação de novos núcleos informais, é importante a adoção de cautelas contra possíveis desvirtuamentos da usucapião, para que o instituto não seja utilizado como meio de fraudar a disciplina de organização do espaço urbano ou rural⁴⁰.

³⁷ AMADEI, Vicente de Abreu. *Primeiras impressões sobre a Lei nº 13.465/2017*. Em AMADEI, Vicente de Abreu e outros. *Primeiras impressões sobre a Lei nº 13.465/2017*, pag. 11-40. E-book disponível em <http://www.arisp.com.br/lei_n13465_2017.pdf> [14/04/2018].

³⁸ Art. 39, § 2º da Lei nº 13.465 de 2017.

³⁹ Art. 10, I, 11, § 3º da Lei nº 13.465 de 2017.

⁴⁰ “[...] imperioso evitar a fraude à lei, evitando-se a usucapião como sucedâneo de parcelamentos ilegais. Aliás, a usucapião não pode nem merecer acolhida, em nenhuma hipótese de fraude à lei”. MELLO,

A usucapião não pode estimular a produção de novas realidades irregulares (art. 10, X da Lei nº 13.465 de 2017), já que isso a faria ir contra seu próprio propósito de operar como instrumento de regularização fundiária.

É fácil vislumbrar a possibilidade de desvirtuamento da usucapião a partir de um cenário em que os agentes pretendem promover o parcelamento de solo urbano, desprezando regras como as relativas às dimensões mínimas de lotes e percentual mínimo do terreno a se converter em bem público de uso comum, destinado a conformar vias públicas e áreas institucionais.

Os agentes envolvidos podem formalizar entre si um documento que pretenda organizar uma propriedade condominial. Em seguida, eles podem ocupar o imóvel, estabelecendo um condomínio *pro diviso*, em que os poderes relativos às quotas dominiais projetem-se sobre frações reais e localizadas no imóvel. Esse documento poderá ser, mais tarde, ser utilizado como prova de início da posse, em futura ação de usucapião de cada unidade imobiliária resultante da indevida fragmentação.

Nesse cenário, os proprietários seriam premiados com a regularização da titulação dominial, sem se preocuparem com uma regularização mais ampla, destinada a neutralizar, ao menos parcialmente, os efeitos negativos decorrentes da inobservância das regras de parcelamento do solo.

Portanto, a regularização fundiária revela importante interação com a função social da propriedade. No atual plano ontológico e social, agir como proprietário, efetivando a função social de um bem, também inclui agir com interesse na sua completa regularização, a que se deve compreender como conjunto de medidas que vão além da titulação do domínio⁴¹.

Os procedimentos de regularização fundiária concedem oportunidade para o poder público avaliar a necessidade e a oportunidade de medidas, como a adequação de infraestrutura, urbanização, conservação do meio ambiente e mitigação de danos ambientais. O procedimento ainda permite decidir quem serão os responsáveis por custear e executar

Henrique Ferras de. *Ação de usucapião*. Enciclopédia jurídica da PUCSP. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/173/edicao-1/acao-de-usucapiao>>, [30/10/2019].

⁴¹ MELLO, Henrique Ferraz Corrêa. *Usucapião extrajudicial*. São Paulo: YK, 2016.

essas medidas, ou seja, se isso incumbirá ao poder público ou aos interessados diretos, ocupantes e titulares do domínio⁴².

2.3 Desenvolvimento histórico da usucapião

2.3.1 Direito Romano

A evolução da usucapião parte de tempos imemoriais, mas o presente trabalho toma o Direito Romano como ponto de partida. Essa opção não considerou apenas a relevância geral do Direito Romano para o estudo dos institutos de Direito Privado, mas também a riqueza de conhecimento oferecida pelos treze séculos de experiência jurídica romana. Como será exposto, a vigente disciplina da usucapião resulta de uma evolução direta da experiência romana⁴³.

Para tratar da fase romana de desenvolvimento da usucapião, será utilizada a divisão didática do Direito Romano em três períodos básicos: o direito antigo ou pré-clássico; o direito clássico e o direito pós-clássico, ou romano-helênico.

A fase pré-clássica parte das origens de Roma e segue até a Lei *Aebutia*, de data incerta, entre 149 a.C. e 126 a.C. Essa fase é marcada pelo formalismo e pela atuação dos jurisconsultos na construção do *ius civile*, ordem jurídica restrita aos cidadãos romanos. Como inexistia interesse pela disciplina legal das relações privadas, o *ius civile* era regido pelos costumes e por poucos preceitos legais como a Lei das XII Tábuas. Os jurisconsultos, ao adaptar essas poucas regras às mudanças sociais, desempenhavam efetiva função criadora do Direito⁴⁴.

A fase clássica parte da Lei *Aebutia* e finaliza com o término do reinado de Diocleciano, em 305 d.C. Nesse período, o formalismo perde força e o papel central dos

⁴² Art. 33, I e II; 35, I a X, Lei nº 13.465 de 2017.

⁴³ O estudo do direito romano apresenta alto valor formativo, ensina a valorar a jurisprudência como fonte criadora e confere firmeza de princípios perante as transformações. Os séculos de evolução do direito romano viabilizaram o perfeito desenvolvimento técnico dos seus institutos. Nossos atuais institutos jurídicos aliás, estão baseados no direito romano. CRUZ, Sebastião. *Direito Romano (ius romanum)*. Vol.1. 4ª ed. Coimbra: Livraria dos Advogados, 1984, p. 117-120.

⁴⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 71-78.

jurisconsultos é substituído pela atividade dos magistrados com funções judiciárias, destacando-se os pretores urbanos e peregrinos⁴⁵.

Na fase clássica, coexistiam o *ius civile*, o *ius gentium* e o *ius honorarium*. O *ius civile* era a ordem restrita aos cidadãos romanos. O *ius gentium* resultava da atividade dos pretores peregrinos, responsável por dirimir conflitos entre estrangeiros e entre estrangeiros e romanos. O *ius gentium* tendia a se afastar do formalismo, sancionando atos que não observassem solenidades, mas que observassem a boa-fé. O *ius honorarium* resultava da atividade dos pretores urbanos. Eles não podiam derogar normas e direitos do *ius civile*, mas alcançavam o mesmo efeito ao deixar de conferir ação ou ao concedê-la em situações de lacuna jurídica⁴⁶.

A fase pós-clássica ou romano-helênica, por sua vez, parte do término do reinado de Diocleciano e encerra-se com a morte de Justiniano, em 565 d.C. Já ao final da anterior fase clássica, gradativamente o *ius praetorium* e *ius civile* foram sobrepostos pelas constituições imperiais. Desse modo, o Direito pós-clássico era quase exclusivamente elaborado pelo Estado. No Direito pós-clássico também desapareceram as distinções entre o *ius civile*, o *ius honorarium* e a ordem informada pelas constituições⁴⁷.

Integra o período pós-clássico, o chamado “direito justianeu”, designação referente ao direito vigente na época em que reinou Justiniano, marcado pela sua compilação do Direito Romano no *Corpus Iuris Ciuilis*.

Ao se observar a evolução da usucapião no Direito Romano, torna-se possível conceituá-la como o modo pelo qual a propriedade é adquirida, por meio de posse contínua e juridicamente justificada, durante período de tempo legal⁴⁸.

Aliás, a análise da própria terminologia também auxilia na compreensão do conceito, uma vez que ele está radicado no termo *usus*, utilizado pela Lei das XII Tábuas, que indica *possessio*, posse. Dessa maneira, a usucapião apresenta como elementos ínsitos ao seu

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ “A aquisição ou a prescrição aquisitiva pode ser definida como uma maneira pela qual a propriedade é adquirida através de posse legalmente justificada e continuada durante um período de tempo legal” (tradução minha). “*L'usucapione o prescrizione acquisitiva si può definire un modo per cui la proprietà si acquista mediante il possesso legalmente giustificato e continuato anche durante un periodo di tempo legale*”. BONFANTE, Pietro. BONFANTE, Giuliano. CRIFÒ, Giuliano. *Corso di Diritto Romano*. vol. 2. *La Proprietà – Parte II*. Milão: Giuffrè, 1968, p. 274.

conceito: a posse e o tempo. Outros elementos acidentais, como a boa-fé e o justo título, configuram apenas limites para a aquisição. Eles não são as razões pelas quais a ordem jurídica atribui a propriedade. Fundar a usucapião na boa-fé e justo título significaria restringi-la à única finalidade de sanear transmissões imperfeitas⁴⁹.

A usucapião é classificada como modo originário de aquisição da propriedade, a partir do critério de que ela ocorre com base em uma relação direta do adquirente com a coisa, sem a necessidade de demonstração de uma justa causa para aquisição que esteja relacionada com o anterior proprietário. Pela usucapião, não ocorre uma transmissão jurídica porque o direito é adquirido *ex novo*⁵⁰.

Esse critério, no entanto, deixa evidentes as dificuldades para classificar a usucapião romana. Não há uma transmissão jurídica, mas ocorre uma sucessão cronológica, porque o domínio pertence a outrem até a reunião dos requisitos para a usucapião. No período clássico e no Direito Justineu, o ingresso na posse necessitava ser justificado por causa em que o antigo titular do domínio interviesse. Finalmente, no Direito Romano, a propriedade adquirida ficava sujeita aos mesmos ônus incidentes sobre a anterior, como o usufruto e a hipoteca⁵¹.

Tais considerações aproximavam a usucapião romana dos modos de aquisição derivada. Nessa lógica, a usucapião era, então, concebida como uma alienação, tratada entre os modos de aquisição derivada, ao lado da *mancipatio*, *in iure cessio* e da *traditio*⁵².

A finalidade da usucapião era acabar com a incerteza sobre o domínio, conferindo segurança aos possuidores e impedindo reiterações de disputas judiciais. Na prática, o instituto era aplicado em duas situações recorrentes: sanear alienações a *non domino*, feitas

⁴⁹ BONFANTE, Pietro. BONFANTE, Giuliano. CRIFÒ, Giuliano. *Corso di Diritto Romano*. vol. 2. *La Proprietà – Parte II*. Milão: Giuffrè, 1968, p. 274-277.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Para os romanos, a omissão do anterior proprietário durante o período de aquisição significava uma aquiescência, da qual se presumia uma renúncia. BONFANTE, Pietro. BONFANTE, Giuliano. CRIFÒ, Giuliano. *Corso di Diritto Romano*. vol. 2. *La Proprietà – Parte II*. Milão: Giuffrè, 1968, p. 274-276.

⁵² “No entanto, a existência desse titular anterior, a circunstância de o usucapião não extinguir os ônus reais que gravam a coisa e de valor como consenso tácito a passividade do antigo proprietário, são fatores que identificam esse modo de aquisição como derivado, classificação que os romanos lhe atribuíram, concebendo-os como uma alienação (*vix est enim, ut non videatur alienare qui patitur usucapi*)”. CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 257-262.

por quem não era proprietário ou autorizado a dispor, e alienações de *res Mancipi*, sem observação das formas exigidas da *mancipatio* e da *in iure cessio*⁵³,

O sistema romano de transmissão *inter vivos* da propriedade exigia a combinação do título, representativo das vontades dos negociantes, com um dos modos de transmissão, a *mancipatio*, *in iure cessio* e a *traditio*.

Por sua relevância social e econômica, algumas coisas eram qualificadas como *res Mancipe* e sua propriedade era transmissível somente pelos modos solenes da *mancipatio* e da *in iure cessio*, regidos pelo *ius civile* e utilizáveis somente pelos cidadãos romanos e pelos estrangeiros com *ius commercii*⁵⁴.

No Direito Justineu, em que inexistia *mancipatio* e *in iure cessio*, a *traditio* tornou-se o único modo derivado de aquisição da propriedade. Consequentemente, perdeu relevância na usucapião a finalidade de saneamento de negócios por inobservância das formas⁵⁵.

Na fase pré-clássica, a Lei das XII Tábuas consagrava a *usucapio* como modo de aquisição da propriedade, exigindo o prazo de dois anos para os fundos, compreendidos como as coisas imóveis, e o prazo de um ano para as demais coisas, que poderiam ser compreendidas como as coisas móveis. Os prazos curtos se justificam pela pequena dimensão que a cidade de Roma ainda apresentava, circunstância que permitia o proprietário ter rápida ciência sobre violações à posse de seus bens⁵⁶.

Os prazos para *usucapio* coincidiam com o encerramento da garantia (*autorictas*) conferido pelo alienante contra a possibilidade de evicção. Encerrado o período aquisitivo, a garantia era extinta porque o adquirente já era reputado proprietário, por força da *usucapio*,

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ (a) A *mancipatio* exigia cinco testemunhas, cidadão romanos púberes, e uma pessoa para portar a balança, na presença dos quais o adquirente pronunciava forma solene e entregava peça de bronze ao alienante, a título de preço. (b) A *in iure cessio* era um processo fictício de reivindicação feito pelo adquirente, em que a ausência de contestação pelo alienante permitia a adjudicação da propriedade ao reivindicante. (c) A *traditio* operava-se pela transmissão da posse com a intenção de transferir propriedade, com base em causa jurídica. No direito clássico, a *traditio* destinava-se à transmissão das *res nec Mancipi* e podia ser utilizada pelos estrangeiros porque integrava o *ius gentium*. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 316-323.

⁵⁵ BONFANTE, Pietro. BONFANTE, Giuliano. CRIFÒ, Giuliano. *Corso di Diritto Romano*. vol. 2. *La Proprietà – Parte II*. Milão: Giuffrè, 1968, p. 284

⁵⁶ CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 257-262; BONFANTE, Pietro. CAMPUZANO HORMA, Fernando, BACCI, Luis, LARROSA, Andrés (trad.). *Instituciones de Derecho Romano*. trad. 8ª ed. it. Madrid: Reus, 1929, p. 281.

o que encerrava a possibilidade da evicção. Desse modo, a *usucapio* substituía a *autorictas* na proteção da posição do adquirente⁵⁷.

Na fase pré-clássica, já foram estabelecidos limites relativos às coisas a serem usucapidas. Logicamente, as coisas delimitadas como insuscetíveis de propriedade privada, como as *res extra commercium* e os imóveis provinciais, não poderiam ser usucapidas. A Lei das XII Tábuas impedia expressamente a usucapião do vestíbulo das sepulturas (*forum*), da urna de cinzas (*bustum*), das *res mancipi* alienadas pela mulher sem intervenção do seu legítimo tutor e das coisas furtadas (*res furtivae*)⁵⁸.

A impossibilidade de aquisição de bens furtados expressa a antiga preocupação dos romanos para que a usucapião não estimulasse lesões de direitos. Esse princípio de ausência de lesividade projeta-se sobre a usucapião de imóveis pela impossibilidade de aquisição dos fundos apossados mediante violência (*res vi possessae*), segundo a Lei *Plautia de vi* (sec. I, a.C). A jurisprudência compreendia que a posse não lesiva, apta a gerar *usucapio*, era aquela iniciada sem vícios⁵⁹.

No início do período clássico, eram sentidas as insuficiências da *usucapio* para uma vasta sociedade já formada e que se organizava em Império. Como a *usucapio* não beneficiava estrangeiros e nem se aplicava aos bens provinciais, a atividade pretoriana necessitou desenvolver uma solução para tutelar essas situações, o que motivou o desenvolvimento da figura da *praescriptio longi temporis*⁶⁰.

Diferente da *usucapio*, a *praescriptio longi temporis* não era modo de aquisição da propriedade. Também não era propriamente um instituto de força extintiva como a prescrição das ações. Ela era tratada como uma presunção de carência do direito do

⁵⁷ Como a *usucapio* era instituto do *ius civile*, de aplicação restrita aos cidadãos romanos, nas alienações para estrangeiros, a *auctoritas* a que se submetia o alienante era perpétua. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 324.

BONFANTE, Pietro. BONFANTE, Giuliano. CRIFÒ, Giuliano. *Corso di Diritto Romano*. vol. 2. *La Proprietà – Parte II*. Milão: Giuffrè, 1968, p. 278.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 279.

⁵⁹ A Lei *Atinia* (sec. II a.C.) possibilitava a usucapião de *res furtivae*, nas hipóteses em que após o furto, a coisa retornasse ao proprietário, ainda que por instantes. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 324.

⁶⁰ “Ao findar a República, porém, quando Augusto se fêz imperador (ano 727 de Roma ou ano 27 antes de Cristo), o Estado romano abrangia quase a Europa inteira. Vê-se daí quão diminutos eram os serviços que o antigo instituto jurídico da *usucapio* podia prestar, uma vez que ele não se estendia nem aos peregrinos nem aos imóveis provinciais, estes e aqueles formando a quase totalidade da superfície e da população do mundo romano”. CARPENTER, Luiz F. *Da prescrição (Artigos 161 a 179 do Código Civil)*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1958, p. 69.

reivindicante, com fundamento na tolerância demonstrada pela sua inação prolongada. Isso, inclusive, justifica a diferença dos prazos estabelecidos para a *praescriptio longi temporis* operar entre ausentes, de vinte anos, e entre presentes, de dez anos⁶¹.

A *usucapio* era um modo de adquirir, perfeito ou completo, que conferia ação de reivindicação ao beneficiado. Comparativamente, a *praescriptio longi temporis* era desvantajosa, por remeter a um modo de adquirir imperfeito ou incompleto, que apenas impedia a ação reivindicatória do proprietário. Se o beneficiado perdesse sua posse, não teria ação de reivindicação contra o terceiro. Nessa situação, a ação reivindicatória renasceria para o proprietário⁶².

No período clássico, a consciência mais avançada sobre a importância de a usucapião ocorrer sem lesividade a direitos de terceiros, fez desenvolver outros dois requisitos para a aquisição, a *justa causa possidendi* e a *bona fides*⁶³.

A *justa causa possidendi* exigia que o ingresso na posse fosse justificado em uma relação com o possuidor precedente, que não pôde ser acompanhada da transmissão da propriedade, por inobservância de solenidade exigida ou porque o alienante não estava legitimado para dispor da coisa⁶⁴.

A *bona fides* consistia na consciência, pelo usucapiente, de não agir contra as leis e de não causar prejuízos ao legítimo possuidor. A *bona fides* era aferida no momento de ingresso na posse, de acordo com a máxima *mala fides superveniens non nocet*⁶⁵.

Profundas modificações no instituto da usucapião foram efetivadas durante a fase pós-clássica, destacando-se: a fusão, promovida por Justiniano, da *usucapio* com a *longi*

⁶¹ BONFANTE, Pietro. BONFANTE, Giuliano. CRIFÒ, Giuliano. *Corso di Diritto Romano*. vol. 2. *La Proprietà – Parte II*. Milão: Giuffrè, 1968, p. 286.

⁶² WETTER, Polynice Alfred Henri Van. *Pandectes, Contenant L'Histoire Du Droit Romain et La Legislation de Justinien*. Tomo 2. Paris: Librairie Générale de Droit Jurisprudence, 1909, p. 31-56.

⁶³ A ausência de lesividade à posse de outros permitia a usucapião de bens deixados por herança (*usucapio pro herede*), figura remanescente do direito pré-clássico. O prazo de aquisição era de um ano, admitida apenas com a condição de que o herdeiro ainda não tivesse ingressado na posse dos bens deixados pelo falecido. Nesta hipótese, considerava-se que inexistia posse em exercício capaz de ser prejudicada. A *usucapio pro herede* foi gradativamente extinta já no período clássico, a partir da possibilidade de petição de herança sobre bem usucapido, viabilizada pelo imperador Adriano, e pela criminalização de apossamento de bens hereditários efetivada por Marco Aurélio. BONFANTE, Pietro. BONFANTE, Giuliano. CRIFÒ, Giuliano. *Corso di Diritto Romano*. vol. 2. *La Proprietà – Parte II*. Milão: Giuffrè, 1968, p. 280-281.

⁶⁴ BONFANTE, Pietro. CAMPUZANO HORMA, Fernando, BACCI, Luis, LARROSA, Andrés (trad.). *Instituciones de Derecho Romano*. trad. 8ª ed. it. Madrid: Reus, 1929, p. 282-283.

⁶⁵ Ibidem.

temporis praescriptio em um único instituto; a criação da *longissimi temporis praescriptio*, modalidade extraordinária de usucapião e a introdução das figuras da usucapião imemorial e da usucapião *pro deserto*⁶⁶.

Após conferir eficácia aquisitiva à *longi temporis praescriptio* (529 d. C.), Justiniano promoveu a sua unificação com a *usucapio*. A medida fazia sentido para as circunstâncias do Império Romano Oriental, onde a imensa maioria dos imóveis eram considerados fundos provinciais, não passíveis, portanto, de *usucapio*.

A fusão também se harmonizava com a supressão, promovida por Justiniano, das distinções entre *res mancipie* e *res nec mancipie*, mantida a *traditio* como único modo de transferência da propriedade. Tornou-se irrelevante a dualidade entre a propriedade quirítária – aquela regida pelo *ius civile*, restrita aos cidadãos romanos e adquirível pela *usucapio* – e a propriedade bonitária – que é decorrente da proteção conferida pelos pretores às situações não alcançadas pela *usucapio*, tutelada somente pela *longi temporis praescriptio*⁶⁷.

O emprego do termo *usucapio* foi, então, reservado para referir-se à aquisição de coisas móveis; enquanto o termo *praescriptio* passou a se referir à usucapião de coisas imóveis, muito embora configurasse uma aquisição perfeita e completa⁶⁸.

No Direito Justianeu, a usucapião resultava de um complexo de requisitos que podem ser sistematizados na seguinte fórmula mnemônica: 1) a posse (*possessio*); 2) o tempo de duração da posse (*tempus*); 3) a capacidade da coisa, ou *res habilis*, herdada da lei antiga; 4) justa causa ou justo título (*titulus*); 5) e, finalmente, a boa-fé (*fides*)⁶⁹.

⁶⁶ WETTER, Polynice Alfred Henri Van. *Pandectes, Contenant L'Histoire Du Droit Romain et La Legislation de Justinien*. Tomo 2. Paris: Librairie Générale de Droit Jurisprudence, 1909, p. 31-56.

⁶⁷ BONFANTE, Pietro. CAMPUZANO HORMA, Fernando, BACCI, Luis, LARROSA, Andrés (trad.). *Instituciones de Derecho Romano*. trad. 8ª ed. it. Madrid: Reus, 1929, p.. 284-285.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 295-296, 152-154 e

⁶⁸ “Este erro de técnica na denominação do instituto não contribuiu pouco para a confusão que Justiniano fez da *praescriptio* – prescrição extintiva de ações, instituto de caráter geral, referente a todas as grandes divisões de direito (Bonfante, *op. cit.*, § 45, 3.ª ed.; Van Wetter, *Droit romain*, tomo I, n.º 106, 3ª ed. de 1893) – com a *praescriptio*, modo de adquirir de uma maneira perfeita, eu êle fez suceder à *praescriptio longi* ou *longissimi temporis*, modo de adquirir de uma maneira imperfeita, que viveu, como acima se viu, desde 199 da era cristã ao lado da *usucapio*, modo de adquirir de uma maneira perfeita, já consagrado nas XII Tábuas (ano 449 antes de Cristo)”. CARPENTER, Luiz F. *Da prescrição (Artigos 161 a 179 do Código Civil)*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editôra Nacional de Direito Ltda, p. 73-74.

⁶⁹ WETTER, Polynice Alfred Henri Van. *Pandectes, Contenant L'Histoire Du Droit Romain et La Legislation de Justinien*. Tomo 2. Paris: Librairie Générale de Droit Jurisprudence, 1909, p. 31-56.

O requisito da *possessio* é compreendido como a manutenção da coisa com o ânimo de mantê-la como própria. Quanto ao *tempus*, em matéria de imóveis, exigia-se prazo de *possessio* de 10 anos entre presentes, considerados como residentes na mesma província, e de 20 anos entre ausentes. Para os móveis, o prazo exigido era de 3 anos. Os prazos estabelecidos seguiam o cálculo civil, contados dia a dia⁷⁰.

Com relação ao *tempus*, era exigido que a *possessio* fosse contínua, sem ocorrências de interrupções, identificadas como *usurpatio*. A interrupção poderia ser: natural, quando, por qualquer causa, se interrompia a posse efetiva, como nos casos de expulsão ou de locação ao proprietário verdadeiro; ou civil, como a reivindicação da coisa pelo proprietário⁷¹.

Nas hipóteses de sucessão por morte, o tempo de posse exercido pelo falecido era somado ao dos seus sucessores, por meio da *sucessio possessionis*. A regra era uma decorrência lógica do princípio de sucessão, inerente à herança, e estabelecia verdadeira continuação *ipso iure* da posse. Desse modo, o sucessor adquiria a posse com o mesmo título, vícios, qualificações de boa-fé ou de má-fé presentes na posse exercida pelo falecido⁷².

Nas aquisições a título singular, era facultado ao usucapiente somar sua posse com a de seu antecessor, por meio da *accessio possessionis*. A regra tinha origem pretoriana, sendo inicialmente aplicada à *longi temporis praescriptio*, e utilizada por Justiniano para tratar das demais modalidades de usucapião⁷³.

O requisito da *res habilis* determinava que algumas coisas não eram suscetíveis de usucapião, em razão de sua condição especial na sociedade romana. A usucapião apresenta esse tipo limitação desde os períodos pré-clássico e clássico. Como já exposto, os romanos queriam impedir que a usucapião estimulasse injustas lesões a direitos.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ MACKELDEY, Ferdinand. BEVING, Jules. *Manuel de Droit Romain: contenant la théorie des Institutes, précédée d'une introduction à l'étude du droit romain*. 3^a ed. Bruxelles: Societé typographique belge, 1846, p. 145-152.

⁷² A *sucessio possessionis* é uma situação singular na herança, porque nem todas as obrigações são transferidas, somente aquelas que representam uma vontade permanente. Dessa maneira, o mandato é extinto com a morte porque depende de uma continuidade da vontade do mandante. A princípio, a posse é uma relação que depende de contínua renovação da vontade. Mas a posse *ad usucapionem* não se confunde com a mera posse porque contém outros elementos que se exaurem já no início da posse, o justo título e a boa-fé, e que não podem ser alterados durante a vida do falecido. BONFANTE, Pietro. BONFANTE, Giuliano. CRIFÒ, Giuliano. *Corso di Diritto Romano*. vol. 2. *La Proprietà – Parte II*. Milão: Giuffrè, 1968, p. 293-304.

⁷³ Ibidem.

Por exclusão, eram consideradas *res habilis*, todas as coisas que não fossem: (a) *res extra commercium* como as *res sacrae, sanctae, religiosae e publicae*; (b) coisas subtraídas violentamente do proprietário (*res vi possessae*); (c) coisas furtadas (*res furtivae*), (d) coisas recebidas pelo magistrado, em doação, contrariando a *Lex Iulia Repetundarum*; (e) bens alienados por um possuidor de má-fé⁷⁴; (f) as coisas do Estado (*res fiscales*), do Príncipe, dos pupilos e dos menores; (g) bens imóveis das igrejas e fundações pias; (h) coisas dotais; (i) coisas a respeito das quais houvesse proibição de alienar⁷⁵.

Em menção à impossibilidade de usucapião de coisas inalienáveis, Pietro Bonfante realiza breve observação de que a vedação considera a possibilidade de os interessados se conduzirem, para viabilizar uma usucapião sofrida voluntariamente. Essa vedação está relacionada com a máxima romana de que a usucapião se equipara à alienação⁷⁶.

Tal regra específica de *res habilis* demonstra, assim, que os romanos já se preocupavam com a possibilidade de desvirtuamento da usucapião e a capacidade de transformar esse instituto em via para burlar regras jurídicas.

O requisito do *titulos* ou da *iusta causa* exigia a demonstração de negócio jurídico idôneo para aquisição da propriedade. O requisito é, por sua vez, resultado do desenvolvimento da lógica de que usucapião não poderia incentivar lesões a direitos.

Os romanos cuidavam para que a usucapião fosse destituída de lesividade. A partir desse limite, foram elaboradas restrições relativas às coisas; em seguida, a jurisprudência fixou o requisito da *iusta possessio*. Nele, a ausência de lesividade era aferível sob uma ótica negativa, porque exigia que a posse fosse adquirida sem vícios.

Posteriormente, as cautelas contra a lesividade da usucapião se aprimoraram. Dos usucapiantes, passou a ser exigida uma justificativa positiva para o reconhecimento da

⁷⁴ A impossibilidade de aquisição dos bens alienados pelo possuidor de má-fé segue a lógica de não lesividade da posse. Esta limitação não era absoluta, e poderia ser afastada nas hipóteses em que o verdadeiro proprietário tivesse ciência sobre a alienação. BONFANTE, Pietro. BONFANTE, Giuliano. CRIFÒ, Giuliano. *Corso di Diritto Romano*. vol. 2. *La Proprietà – Parte II*. Milão: Giuffrè, 1968, pag. 305-323. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 325-327.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ “A última categoria de coisas subtraídas da usucapião é a proibição geral de usucapir coisas cuja venda é proibida. O princípio geral é expresso em uma máxima famosa, enunciada em L. 28 pr. D. De v. s. 50, 16 de Paulo, que equipara a usucapião à alienação (2). Foi feita uma tentativa de restringir essa proibição de várias maneiras; por exemplo, referindo-se a usucapiões sofridas voluntariamente e, portanto, em fraude à lei”. BONFANTE, Pietro. BONFANTE, Giuliano. CRIFÒ, Giuliano. *Corso di Diritto Romano*. vol. 2. *La Proprietà – Parte II*. Milão: Giuffrè, 1968, p. 322.

aquisição e desenvolveu-se, assim, o requisito do *titulos* ou *iusta causa*, no qual o usucapiente demonstrava a justa razão pela qual ingressou na posse⁷⁷.

Para a usucapião romana, o requisito *fides* exige que o usuário se comporte como uma pessoa *proba* no momento de tomar a posse. Esse conceito envolve tanto o momento psicológico quanto o momento ético, dois estados que se encontram inter-relacionados.

A *bona fides* na usucapião não poderia se restringir à crença, pelo usucapiente, na justa causa da aquisição da posse. Afinal, a usucapião fora inicialmente desenvolvida para converter em domínio a posse de um *res Mancipi* adquirida sem as formalidades legais. Nessa situação, o adquirente tem o prévio conhecimento da impossibilidade de transmissão do domínio⁷⁸.

A *fides* corresponderia ao conceito atual de honra e virtude, no sentido de observância do próprio dever ao se relacionar. Ela integra várias relações no Direito Romano, nas quais não se avaliava o erro do agente. A solução dependia da avaliação da conduta que expressa um estado ético, a razão moral que determina as consequências da ação⁷⁹.

A boa-fé, então, deveria estar presente no início da posse (*mala fides superveniens non nocet*). É a tomada de posse que deveria ser destituída de espírito prejudicial. No caso da aquisição da posse, em decorrência de contrato de compra e venda, a boa-fé deveria estar presente no momento de celebração do contrato, como decorrência do sistema romano de aquisição de propriedade⁸⁰.

A aquisição não viabilizava extinção de gravames como a hipoteca e a servidão, pelo argumento de que a usucapião ocorria contra o proprietário somente. As extinções dos gravames seguiam regimes específicos de prescrição extintiva que não se confundiam com

⁷⁷ “Em suma, a *iusta causa usucapionis* pode ser definida como aquele momento ou aquela relação (com um indivíduo específico ou com toda a sociedade) que demonstra positivamente a ausência de dano aos outros ao tomar posse e, portanto, fornece uma justificativa efetiva para essa tomada de posse” (tradução minha). “*Riassumendo, la iusta causa usucapionis può essere definita quel momento o quel rapporto (con un individuo determinato o con tutta la società) che dimostra positivamente l'assenza di lesione altrui nella presa di possesso e quindi porge una effettiva giustificazione di questa presa di possesso*” (no original). BONFANTE, Pietro. BONFANTE, Giuliano. CRIFÒ, Giuliano. *Corso di Diritto Romano*. vol. 2. *La Proprietà – Parte II*. Milão: Giuffrè, 1968, p. 325-336.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ Do comprador é exigida a crença de que o vendedor é proprietário ou legitimado a vender.

MACKELDEY, Ferdinand. BEVING, Jules. *Manuel de Droit Romain: contenant la théorie des Institutes, précédée d'une introduction à l'étude du droit romain*. 3^a ed. Bruxelles: Societé typographique belge, 1846, p. 145-152.

a usucapião, muito embora, pelas circunstâncias presentes na maioria dos casos, ambos os institutos operassem simultaneamente, o que viabilizava a aquisição da propriedade livre dos ônus⁸¹.

O direito justiniano também introduziu duas outras modalidades de usucapião: a extraordinária (*longissimi temporis praescriptio*) e a imemorial (*praescriptio inmemorialis*).

A *longissimi temporis praescriptio*, identificada como usucapião extraordinária, tem suas origens na Constituição de 424 d.C., de Teodósio II, que eliminava as ações perpétuas, determinando que aquelas que não contassem com menor prazo seriam extintas por prescrição em 30 anos⁸².

Aplicada às ações reivindicatórias, a regra viabilizava uma *exceptio* a quem tivesse possuído, sem interrupção, a coisa pretendida por trinta anos. Os intérpretes identificam a categoria como usucapião extraordinária porque a modalidade dispensava a demonstração da *justa causa possidendi*⁸³.

Em tal modalidade, estavam presentes os requisitos de *possessio*, *tempus* e *fides*. O requisito da *res habilis* sofria profunda mitigação, e as vedações de aquisição restringiam-se somente aos bens que fossem insuscetíveis de propriedade privada, ou seja, *res extra commercium*, como a *res publicae*⁸⁴.

Com relação a alguns bens em especial, o prazo era elevado para quarenta anos, como ocorria na usucapião de bens fiscais do príncipe, dos imóveis das igrejas e dos estabelecimentos de beneficência⁸⁵.

A *praescriptio inmemorialis* apoiava-se no princípio de que aquele que estivesse na posse ou no exercício de um direito, por tempo imemorial, sem interrupção, poderia ser reputado como se houvesse adquirido legalmente esse direito. A categoria consistia em uma

⁸¹ WETTER, Polynice Alfred Henri Van. *Pandectes, Contenant L'Histoire Du Droit Romain et La Legislation de Justinien*. Tomo 2. Paris: Librairie Générale de Droit Jurisprudence, 1909, p. 31-56.

⁸² CARPENTER, Luiz F. *Da prescrição (Artigos 161 a 179 do Código Civil)*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Nacional L, 1958.

⁸³ “Não se tratava, pois, de uma prescrição aquisitiva, como a usucapião, nem de um meio de defesa, como o foi inicialmente a *longi temporis praescriptio*, mas de uma prescrição extintiva de ações”. CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 257-262.

⁸⁴ MACKELDEY, Ferdinand. BEVING, Jules. *Manuel de Droit Romain: contenant la théorie des Institutes, précédée d'une introduction à l'étude du droit romain*. 3ª ed. Bruxelles: Société typographique belge, 1846, p. 145-152.

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ Ibidem.

presunção legal concedida nas hipóteses em que não era possível reconhecer a usucapião ordinária ou extraordinária⁸⁶.

Nesta fase pós-clássica, ainda foi introduzida uma nova modalidade de aquisição, a usucapião *pro deserto*, que pode ser apontada como um antecedente romano das legitimações de posse, efetivadas pela Lei de Terras, de 1850, e da usucapião constitucional rural⁸⁷.

Para favorecer a agricultura e proteger o tesouro, uma regra fixada no final do século IV atribuía propriedade a quem cultivava, por dois anos, uma terra sem cultivo (*ager desertus*). A usucapião *pro deserto* não se confundia com a ocupação, porque não incidia sobre terras abandonadas (*ager derelictus*) e porque o adquirente deveria demonstrar ter cultivado e pagado impostos por dois anos⁸⁸.

O estudo do desenvolvimento da usucapião romana permite constatar que é grande a contribuição do Direito Romano para a conformação atual do instituto. Por exemplo: os elementos exigidos para a usucapião ordinária romana, relativos à posse, tempo, justo título e boa-fé continuam presentes na nossa atual usucapião ordinária, apesar de ter havido alterações alguns aspectos, como a exigência de que a boa-fé esteja presente durante todo o período aquisitivo⁸⁹.

Para este trabalho, especificamente, é interessante notar que os romanos já buscavam evitar que a usucapião estimulasse lesões a interesses de terceiros. Eles já percebiam a possibilidade de a usucapião ser utilizada para substituir a formalização de negócios sobre bens inalienáveis, razão pela qual essas coisas não eram reputadas como *res habilis*.

⁸⁶ BONFANTE, Giuliano. CRIFÒ, Giuliano. *Corso di Diritto Romano*. vol. 2. *La Proprietà – Parte II*. Milão: Giuffrè, 1968, p. 365-367.

MACKELDEY, Ferdinand. BEVING, Jules. *Manuel de Droit Romain: contenant la théorie des Institutes, précédée d'une introduction à l'étude du droit romain*. 3ª ed. Bruxelles: Société typographique belge, 1846, p. 145-152.

⁸⁷ LIMA, Ruy Cirne. *Pequena história territorial do Brasil*. 4ª ed. Brasília: Escola de Administração Fazendária, 1988, p. 52.

⁸⁸ MAYNZ, Charles Gustave. *Cours de droit romain: précédé d'une introd. Contenant l'histoire de la législation et des institutions politiques de Rome*. 5ª ed. vol. 1. Bruxelles: Bruylant-Christophe, 1891, p. 766. Disponível em: < <https://archive.org/details/coursdedroitroma01mayn/page/766>>, [19/09/2019].

⁸⁹ A usucapião romana exigia a boa-fé somente no momento de ingresso na posse, segundo a máxima *mala fides superveniens non nocet*. As Ordenações Filipinas extraíram do Direito Canônico o princípio segundo o qual a boa-fé deve estar presente durante todo o período de posse. PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. vol. 1. Brasília: Senado, p. 238-239.

Tal preocupação coincide com a atual possibilidade de um proprietário se conduzir para sofrer usucapião voluntariamente como via capaz de substituir a formalização de negócios violadores da disciplina do parcelamento do solo, fraudando normas limitadoras de seu poder dominial de disponibilidade.

2.3.2 Direito Português – Período Intermédio e Ordenações

O falecimento do imperador Justiniano, em 565 d.C., pode ser tomado como marco final do Direito Romano. Após o seu reinado, a aplicação de sua obra legislativa foi gradativamente reduzida.

No Oriente, as dificuldades para aplicação estavam relacionadas ao emprego do latim pela codificação de Justiniano, enquanto o grego era a língua mais utilizada pela população. Além disso, a aplicação do *Corpus Iuris Civilis* era considerada complexa porque combinava normas de Direito Romano clássico em desuso, com preceitos jurídicos vigentes. Também era complexa a coordenação entre as normas distribuídas entre as partes que compunham a compilação (*Institutas, Digesto, Código e Novelas*)⁹⁰.

No Ocidente, como consequência da queda do Império Romano Ocidental, em 476 d.C, também decaíram a aplicação e o estudo do Direito Romano, resgatado somente a partir do século XI. Nesse intermédio, o estudo do Direito Romano restringia-se às escolas eclesiásticas, sem rigor científico, como uma disciplina integrante dos estudos da gramática e da retórica⁹¹.

O resgate dos estudos do Direito Romano pela escola de Bolonha, a partir do século XI, marca o fenômeno da recepção do Direito Romano. Na época, o ensino jurídico em Bolonha adotou uma nova orientação, voltada ao aprofundamento do estudo do Direito Romano como meio de fortalecimento do direito nacional e promoção do desenvolvimento econômico na Itália⁹².

⁹⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 57-64.

⁹¹ CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*. vol. 1. Coimbra: Livraria dos Advogados, 1984, p. 93-100.

⁹² *Ibidem*.

Esses trabalhos iniciais integram a chamada Escola dos Glosadores, e os resultados alcançados permitiram que o Direito Romano se tornasse acessível aos juristas, o que possibilitou o seu aproveitamento pelo direito privado moderno e contemporâneo⁹³.

A partir desses primeiros esclarecimentos a respeito do Direito Romano, foi possível organizar novas escolas, agora voltadas à aplicação prática dos preceitos romanos. Os esforços dos pós-glosadores voltavam-se à adaptação das regras romanas às circunstâncias então vigentes, ao direito canônico e ao direito local, construindo o chamado direito comum⁹⁴.

Tais estudos viabilizaram, então, a recepção do Direito Romano em Portugal e outros países europeus, como na Espanha, França e Alemanha, entre os séculos XIII e XV. Neles, o Direito Romano exerceu sua influência como direito comum aplicável até a codificação do direito privado, ocorrida no século XIX⁹⁵.

O título IX do Livro II das Ordenações Afonsinas determinava que, na ausência de lei, costume ou jurisprudência, o Direito Romano e, subsidiariamente, o Direito Canônico deveriam ser aplicados. Portanto, tomando o Direito Romano como fonte, as ordenações portuguesas viabilizavam o reconhecimento da usucapião⁹⁶.

⁹³ A recepção realizada não foi propriamente do Direito Romano clássico ou do Direito justineu. A recepção efetivada foi a dos estudos realizados pelos glosadores, a partir da Escola de Bolonha, como sintetiza a máxima “*quidquid non agnoscit Glossa, non agnoscit Curia*” (o que a Glosa não reconhece, também o Tribunal não reconhece. CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*. vol. 1. Coimbra: Livraria dos Advogados, 1984, p. 93-100.

⁹⁴ Outras escolas deram continuidade aos estudos e à recepção do Direito Romano pelo Direito Moderno e Contemporâneo: (a) Escola culta (séculos XVI a XVIII), dedicada ao estudo histórico-crítico das fontes jurídicas romanas; (b) Escola do Direito Natural (séculos XVIII a XIX) que considerava o Direito como produto da razão, de modo que o Direito Romano deixava de ser valorado como única razão escrita; (c) Escola Histórico-alemã (século XIX) que adota diretrizes de estudos crítico-históricos e de produção voltada a adaptar cientificamente o Direito Romano às relações privadas modernas (*usus modernus pandectarum*). CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*. vol. 1. Coimbra: Livraria dos Advogados, 1984, p. 93-100.

⁹⁵ FIGUEIREDO, José Anastácio de. *Memória sobre qual foi a época certa da introdução do Direito de Justiniano em Portugal, o modo da sua introdução, e os grãos de autoridade, que entre nós, adquirio. Por cuja ocasião se trata toda a importante matéria da Ord. Liv. 3 tit. 64*. Em *Memórias de Literatura Portuguesa*. Lisboa: Academia Real das Ciências de Lisboa, 1972, Tomo I, p. 258-338. Disponível em: <http://books.google.com/books?id=m0zAAAAMAAJ&printsec=frontcover&dq=editions:0gYjJJzZ_Kxy_v_QTB#PRA1-PA258.M1> [12/09/2019].

⁹⁶ Título nono do Livro II das Ordenações Afonsinas. “ [...] e quando o cafo, de que fe trauta, nom for determinado por Ley do Regno, mandamos que feja julgado, e findo pelas Leyx Imperiaaes e pelos Santos Canones”. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/afonsinas/l2p161.htm>> [12/09/2019]. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*. 2ª ed. Coimbra, 1996, p. 355-369.

As Ordenações Manuelinas, por sua vez, incorporaram preceitos relativos à usucapião, sendo que o Livro II, título 35, §§ 1º, 2º, 3º e 47, já tratava da posse imemorial⁹⁷.

As Ordenações Filipinas também apresentavam preceitos a respeito da usucapião. Por interpretação extensiva, apoiada no Direito Romano, de dispositivo sobre a prescrição do direito real de hipoteca, extraía-se a regra de prazos para usucapião ordinária de coisa móvel (3 anos), de usucapião ordinária de imóveis (10 anos entre presentes e 20 anos entre ausentes) e de usucapião extraordinária (30 anos)⁹⁸.

As Ordenações Filipinas também apresentavam disposições que conferiam tutela àqueles que exercessem posse que remontavam a tempos imemoriais⁹⁹.

⁹⁷ 47. “E por quanto no Regimento dos Refidos, e Capelas se contem, que os Contadores fuppendam os Adminiftradores das Capelas, que lhe nom moftam infituiçam, ou ordença, ou tomo das ditas Capelas, Mandamos, que fe os taes Adminiftradores fe oferecerem prouar, como por fi e feus antecessores eftam em poffe da dita adminiftraçam **por tanto tempo, que a memoria dos homens nom he em contrario**, fem faberem parte da dita infituiçam, e que fempre compriram os carreguos, que feus antecessores fempre compriram, lhes feja recebida a dita razam; e querendo a prouar dentro de trinta dias non ferá tirado de fua poffe; e non podendo prouar no dito tempo, entam será fuppenfo, e tirado da poffe da dita adminiftraçam, e fer-lhe-há dada dilaçam pera prouar, e fazer certo da dita razam, pera a qual dilaçam lhe ferá dado o tempo fegundo fórma de Noffas Ordenações; e prouando-o affi, **lhe ferá auida a tal proua de poffe inmemorial por titulo, e infituiçam, e a fentença que por a dita proua for dada fe poerá em tomo com os bens da dita Capela**, quaes e quantos fam, e com declaração dos encarreguos que fe prouarem, que o dito Adminiftrador e feus Aneteceffores compriram, e eram obrigados comprir, e lhe ferá tornada fua poffe, fe já dela for tirado” (grifos meus). Ordenações Manuelinas, disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/12p191.htm>> [12/09/2019].

⁹⁸ Ordenações Filipinas, Livro 3, Título 40 (Do que nega estar em posse da coisa que lhe demandam), “§ 3º: E depois que, no caso acima dito, o autor fôr entregue da posse, se o rêu quiser provar, como a cousa he sua, e lhe pertence de direito, será recebido à isso em novo Juizo, e ser-lhe-ha feito em cumprimento de direito; e poderá ainda em esses novo Juizo mudar a negação sobre a posse, por dizer que a possuio por muitos tempos com algum titulo, de que se-possa causar prescripção [...]”. Disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/13p623.htm>> [29/09/2019].

Ordenações Filipinas, Livro 4, Título 3 (Que quando se vende a coisa, que é obrigada, sempre passa como seu encargo): Esta demanda lhe poderá fazer até dez annos cumpridos, se ambos, credor e possuidor, eram moradores em uma Comarca. E sendo moradores em desvairadas Comarcas, então lhe poderá ser feita a demanda até vinte annos acabados. Os quaes dez annos e vinte se contarão do primeiro dia, que a cousa foi a poder do possuidor com titulo e bôa fe. E vindo a cousa obrigada a poder do possuidor sem titulo algum, poder-lhe-há a demanda ser feita pelo credor até trinta annos cumpridos [...]. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/14p781.htm>> [29/09/2019].

“Esta disposição sobre a prescrição do direito real da hypotheca costuma-se applicar à prescrição acquisitiva em geral, pois que não temos outra lei patria para apoial-a. Tal interpretação extensiva, adoptada pela jurisprudencia, tem apoio no Direito Romano” (nota nº 04). FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. vol. 2. Brasília, 2003, p. 769-770.

⁹⁹ Ordenações Filipinas, Livro I, Título LXII (Dos Provedores e Contadores das Comarcas), § 51. [...] Porém se os Administradores se oferecerem aprovar dentro de trinta dias, como per si e seus antecessores stão em posse da administração per tanto tempo, que a memoria dos homens não he em contrario [...]. E provando-o assim, lhe será havida a posse inmemorial por titulo e instituição. [...]. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/11p127.htm>> [29/09/2019].

Ordenações Filipinas, Livro II, Título XXVII (Dos Forais e determinação, que sobre eles se tomou), §1º: “[...] que nos lugares em levaram e levavam direitos e tributos, onde não havia Foral, nem outra authentica scriptura para se levarem, somente a posse imemorial em que stavam, nestes taes devia ser havida por titulo

Durante a vigência das Ordenações Filipinas, a aplicabilidade do Direito Romano foi reforçada pela Lei de 18 de agosto de 1769, a Lei da Boa Razão, criada no contexto das reformas pombalinas.

A Lei estabelecia critérios de integração de lacunas. O Direito Romano seria aplicado subsidiariamente, na ausência de regra de direito nacional, segundo a boa-razão, compreendida como a compatibilização das regras romanas com os princípios de direito natural e das gentes. Por essa determinação, a aplicação do Direito Romano seria adaptada às circunstâncias sociais e ao direito nacional então vigentes¹⁰⁰.

A investigação da moderna utilização dos preceitos romanos seguia as orientações dos Estatutos da Universidade de 1722, pelas quais o estudo do Direito Romano se destinava a sua atualização e adaptação prática. Esses trabalhos integravam a chamada escola do *usus modernus pandectarum* e revestiram-se de valor normativo indireto. Até a edição do primeiro Código Civil Português, em 1867, o Direito Romano adaptado, resultado dos trabalhos dessa escola, constituiu a fonte mais importante da jurisprudência civil¹⁰¹.

Portanto, no Direito Português anterior à codificação civil, os preceitos sobre a usucapião eram extraídos, principalmente, dos estudos sobre o Direito Romano, do que se concluía a possibilidade de usucapião ordinária de coisas móveis, no prazo de 3 anos, e de

a dita posse imemorial, em que estiveram [...]”. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/12p445.htm>> [29/09/2019].

Ordenações Filipinas, Livro II, Título XXVIII (Que as Alfandegas, Sisas, Terças e Minas não se entenda serem dadas em algumas doações): “[...] para prescrição das ditas cousas não se poderá alegar posse alguma, posto que seja immemorial”, referente às doações clausuladas realizadas pelo rei ou monarcas antepassados. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/12p445.htm>> [29/09/2019].

¹⁰⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*. 2ª ed. Coimbra, 1996, p. 355-369.

¹⁰¹ “Para que os juizes ou intérpretes se possam decidir a respeito dos textos de Direito Romano, que são conformes á razão, os Estatutos da Universidade, lin. 2, tit. 5, cap. 3, prescrevem as duas seguintes regras: 1ª verificar, se a lei é fundada em alguma razão puramente civil e peculiar do povo romano, v. g., da sua religião, costumes e máximas, ou circunstancias dos tempos, que hoje não existem, para a rejeitar; 2ª consultar os uso que d’estas leis fazem as nações modernas da Europa, examinando para esse fim as obras dos juriconsultos mais acreditados, ou as disposições dos seus Codigos, para as seguir, se por ellas estão adoptados, ou vice-versa”. ROCHA, M. A. Coelho da. *Instituições de Direito Civil Português*. 7ª ed. Tomo I. Lisboa: Livraria Classica Editora, p. 21.

Estatutos Da Universidade De Coimbra: Compilados Debaixo Da Immediata E Suprema Inspecção De El Rei D. José I. Nosso Senhor Pela Junta De Providencia Literaria Deste Presente Anno de 1772. Livro Que Contém Os Cursos Juridicos Das Faculdades De Canones E De Leis, Volume 2, p. 269 e ss. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=Y25LAAAACAAJ&hl=pt-BR&source=gbs_book_other_versions> [28/09/2019].

usucapião ordinária de coisas imóveis, nos prazos de 10 anos entre presentes e de 20 anos, casos em que eram exigidos o justo título e a boa-fé durante todo o período aquisitivo¹⁰².

As Ordenações Filipinas se afastaram da máxima romana *mala fides superveniens non nocet*, pela qual bastava a presença da boa-fé no momento de ingresso na posse. Por influência do Direito Canônico, a boa-fé passou a ser exigida durante todo o prazo para a usucapião¹⁰³.

Também era possível a usucapião extraordinária, com prazo de trinta anos de aquisição, na impossibilidade de apresentação do justo título, quando a coisa tivesse sido furtada ou tomada violentamente; quando fosse de propriedade de menores e, por fim, quando fosse gravada por inalienabilidade, em convenção ou testamento.

O prazo da usucapião extraordinária era elevado em quarenta anos, na aquisição dos bens públicos alienáveis, bens das Igrejas e dos bem vinculados (aqueles que, por lei ou por disposição, são inalienáveis, impenhoráveis)¹⁰⁴.

Do texto das Ordenações e do Direito Romano, extraia-se a chamada usucapião imemorial. O instituto tinha mais a natureza de meio de prova da propriedade do que de modo de aquisição. Por ele, a propriedade poderia ser provada a partir do exercício de uma posse tão antiga que excedia a memória dos homens¹⁰⁵.

¹⁰² TELLES, José Homem Corrêa. *Digesto português*. vol. 1. Pernambuco: Typ. de M. S. de Faria, 1839, p. 209-217. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242854>> [29/09/2019].

CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 262.

¹⁰³ Ordenações Filipinas, Livro 3, Título 53 (Das execuções, que se fazem nos que devem à Fazenda do Rei), § 5: [...] Por quanto os havemos por constituídos em má fé para que não possam fazer seus os ditos frutos, nem prescrever as propriedades. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/12p486.htm>> [04/10/2019].

ROCHA, M. A. Coelho da. *Instituições de Direito Civil Português*. 7ª ed. Tomo I. Lisboa: Livraria Classica Editora, p. 365-376.

Ordenações Filipinas, Livro 4, Título 3 (Que quando se vende a coisa, que é obrigada, sempre passa com seu encargo), § 1º: [...] Salvo se constar da má fé dos sobreditos porque em nenhum tempo poderão prescrever.

¹⁰⁴ TELLES, José Homem Corrêa. *Digesto português*. vol. 1. Pernambuco: Typ. de M. S. de Faria, 1839, p. 209-217. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242854>> [29/09/2019].

ROCHA, M. A. Coelho da. *Instituições de Direito Civil Português*. 7ª ed. Tomo I. Lisboa: Livraria Classica Editora, p. 365-376.

¹⁰⁵ A presunção de aquisição era aplicada pelo Direito Romano a relações de direito público ou de interesse público, como caminhos vicinais, esgoto de águas pluviais e aquedutos. O Direito Canônico estendeu esta presunção às hipóteses em que eram inaplicáveis as espécies de prescrição e de usucapião, sobretudo em matérias de imunidades privilégios e direitos concessíveis pelo poder público. ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda. *Direito das Cousas*. Rio de Janeiro, 1908, p. 232.

1377. A posse immemorial faz uma forte presunção de terem sido legitimamente adquiridas as cousas em que recahe a dita posse; ainda que estas sejam imprescriptíveis, com tanto que seja possível a sua aquisição

2.3.3 Direito Brasileiro

No Brasil colonial, as relações jurídicas eram regidas pelo Direito Português. No âmbito do Direito Civil, as Ordenações Filipinas mantiveram vigência mesmo após a independência brasileira, até a edição do Código Civil Brasileiro de 1916, indo além da vigência produzida em Portugal, encerrada pelo Código Civil Português de 1867.

O Direito Português, que, por sua vez, recepcionou o Direito Romano, foi o veículo pelo qual a usucapião foi aplicada no Brasil. Aqui, a usucapião foi importante instrumento na ocupação e disseminação da propriedade privada do território.

Os primeiros portugueses a chegarem ao Brasil atuavam em nome da coroa portuguesa, o que, por força do direito de descoberta, atribuiu-lhe o domínio das novas terras descobertas. Portanto, o domínio privado foi gradualmente introduzido no território brasileiro, por via das concessões da coroa realizadas aos súditos com recursos suficientes para explorar as terras descobertas, seguindo o regime de sesmarias¹⁰⁶.

As sesmarias tinham como antecedente histórico o costume medieval de distribuição das terras lavráveis, divididas em partes chamadas *sexmo*, de acordo com o número de munícipes da localidade, para serem sorteadas e exploradas por tempo determinado. Esse instituto comunal, baseado no costume, desenvolveu-se até alcançar o regime das concessões de domínio, disciplinado por lei, servindo como instrumento estimulador da produção agrária¹⁰⁷.

A primeira Lei de Sesmarias, de D. Fernando, de 1373, previa a possibilidade de perda de terras negligenciadas e improdutivas, com sua transferência aos lavradores locais. Inicialmente, a medida pretendia solucionar os problemas decorrentes do crescimento da população rural e da escassez de terras. Mas, a partir das grandes conquistas e navegações portuguesas, o regime de sesmarias precisava lidar com a improdutividade decorrente do despovoamento das regiões rurais¹⁰⁸.

por privilegio. TELLES, José Homem Corrêa. *Digesto portuguez*. vol. 1. Pernambuco: Typ. de M. S. de Faria, 1839, p. 209-217. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242854>>, [29/09/2019].

¹⁰⁶ LIMA, Ruy Cirne. *Pequena história territorial do Brasil*. 4ª ed. Brasília: Escola de Administração Fazendária, 1988, p. 1-51

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

A disciplina foi recepcionada pelas Ordenações que definiam as sesmarias da seguinte forma: “*Sesmarias são propriamente as dadas de terras, casaes, ou pardieiros, que foram, ou são, de alguns Senhorios, e que já em outro tempo foram lavradas e aproveitadas, e agora não o são*”¹⁰⁹.

Disposições presentes nas Ordenações Manuelinas e Filipinas viabilizaram a utilização do regime de sesmarias no Brasil. Elas veiculavam semelhantes regras que, salvo por título especial, impediam a apropriação do solo virgem, pelos súditos concessionários e pela Ordem de Cristo, jurisdição eclesiástica a que se submetiam as terras brasileiras¹¹⁰.

Após o insucesso do modelo de capitâneas hereditárias para a colonização, o Regimento de 17 de dezembro de 1548, de Tomé de Souza, passou a disciplinar a concessão de terras para construção de engenhos de açúcar e estabelecimentos semelhantes. Essa lei introduziu um novo princípio ao regime, segundo o qual o pretense concessionário deveria demonstrar ter muitos recursos, com efetivas condições de promover a exploração das terras recebidas¹¹¹.

Enquanto em Portugal o regime das sesmarias viabilizava a redistribuição de terras para os lavradores, no Brasil, houve um desvirtuamento do regime que estimulou a formação de latifúndios. O governo português compreendia que os empreendimentos coloniais brasileiros seriam muito difíceis, viáveis somente para aqueles que contassem com muitos recursos para efetivá-los.

¹⁰⁹ Ordenações Filipinas, livro IV, título 43, disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/14p822.htm>>, [17/09/2019]. Ordenações Manuelinas, livro IV, título 67, disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/14p164.htm>>, [17/09/2019].

¹¹⁰ 15 - E defendemos aos Prelados, Mesires, Priores, Commendadores, Fidalgos, e quaesquer outras pessoas, que terras, ou jurisdições tiverem, que os casaes, quintas e terras, que ficarem ermas, se não forem suas em particular per titulo, que dellas tenham, ou per titulo, que tenham as Ordens, ou Igrejas e Mosteiros, as não tomem, nem apropriem para si, nem para as Ordens, Igrejas, ou Mosteiros, e as deixem dar os Sesmeiros de sesmaria, como Nós em nossas terras fazemos. Nem tomem os maninhos, que per próprios títulos não forem seus, ou das Ordens, e Igrejas, nem os ocupem, por dizerem, que são maninhos, e lhes pertecem [...]. Texto das Ordenações Filipinas, livro IV, título 43, § 15, disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/14p826.htm>>, [17/09/2019]. / Texto semelhante está presente nas Ordenações Manuelinas, livro IV, título 67, § 14, disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/14p173.htm>>, [17/09/2019].

¹¹¹ 10 - As águas das ribeiras que estiverem dentro do dito termo em que houver disposição para se poderem fazer engenhos d’açúcares, ou d’outras quaisquer cousas, dareis de sesmarias livremente, sem foro algum; e as que derdes para engenho d’açúcares, será a pessoas que tenham possibilidade para os poderem fazer (dentro no tempo que lhes limitardes), que será o que vos bem parecer. Regimento que levou Tomé de Souza governador do Brasil, 17/12/1548, disponível em: <[http://lemad.fflch.usp.br/sites/lemad.fflch.usp.br/files/2018-04/Regimento que levou Tome de Souza governador do Brasil.pdf](http://lemad.fflch.usp.br/sites/lemad.fflch.usp.br/files/2018-04/Regimento%20que%20levou%20Tome%20de%20Souza%20governador%20do%20Brasil.pdf)>, [17/09/2019].

A complexidade do processo para obter a concessão de sesmarias também contribuiu para afastar os pequenos produtores desse regime, restando-lhes assenhorem-se de áreas mais distantes e remotas. Após a Resolução de 17 de julho de 1822, quando foram suspensas as novas concessões de sesmarias, a prática de simples arrendamento assumiu tamanha proporção que passou a ser considerada como um modo legítimo de aquisição do domínio¹¹².

Entre o termo do regime de sesmarias no Brasil, em 1822, e a Lei de Terras de 1850 não foram tomadas medidas legislativas voltadas à organização fundiária do país. Nesse vácuo, a posse se tornou o instrumento de povoamento e exploração do território nacional. Multiplicaram-se, assim, nesse período, os negócios transmissivos de posses¹¹³.

Se, de um lado, as leis do reino determinavam que as terras brasileiras só poderiam ser adquiridas por concessões de sesmarias, de outro, estabeleceu-se o verdadeiro costume de respeito às posses com cultura efetiva. Pressupõe-se o reconhecimento do costume, por exemplo, a Provisão da Mesa do Desembargo do Paço de 14 de março de 1822, segundo a qual as medições e demarcações de sesmarias não poderiam prejudicar posseiros que tinham estabelecida efetiva cultura¹¹⁴.

Para tentar organizar a confusa situação fundiária brasileira, a Lei de Terras (nº 601/1850) e o seu Regulamento, nº 1.318/1854, foram editados para possibilitar a discriminação das terras devolutas. Vale destacar que eram consideradas devolutas aquelas terras concedidas e revertidas ao poder público pelo não uso, e as chamadas terras remanescentes, consistentes naquelas que nunca foram concedidas. A discriminação

¹¹² “Era a ocupação, tomando o lugar das concessões do Poder Público, e era, igualmente, o triunfo do colono humilde, do rústico desamparado, sobre o senhor de engenhos e fazendas, o latifundiário sob o favor da metrópole. A sesmaria é o latifúndio, inacessível ao lavrador sem recursos. A posse é, pelo contrário – ao menos nos seus primórdios -, a pequena propriedade agrícola, criada pela necessidade, na ausência de providência administrativa sobre a sorte do colono livre, e vitoriosamente firmada pela ocupação”. LIMA, Ruy Cirne. *Pequena história territorial do Brasil*. 4ª ed. Brasília: Escola de Administração Fazendária, 1988, p. 51.

¹¹³ “É, pois, incontestável, que, a despeito de faltar-lhe o requisito, aliás dispensável, segundo os juristas do tempo, de não ser contrário às leis do reino, a aquisição de terras devolutas pela ‘posse com cultura efetiva’ se tornou verdadeiro costume jurídico, com foros de cidade no nosso direito positivo”. LIMA, Ruy Cirne. *Pequena história territorial do Brasil*. 4ª ed. Brasília: Escola de Administração Fazendária, 1988, p. 57.

¹¹⁴ “Hei por bem ordenar-vos procedais nas respectivas medições e demarcações, sem prejudicar quaesquer possuidores, que tenham effectivas culturas no terreno, porquanto devem eles ser conservados nas suas posses, bastando para título as reais ordens, porque as mesmas posses prevaleçam às sesmarias posteriormente concedidas”. *Coleção das decisões do governo do Império do Brasil de 1832*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1906, p. 20.

possibilitaria a administração das terras devolutas pela Repartição Geral de Terras Públicas¹¹⁵.

Foram legitimadas as posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária ou havidas do primeiro ocupante, com a condição de que se achassem cultivadas, ou com princípio de cultura, efetiva morada habitual do respectivo posseiro ou de quem o representasse¹¹⁶.

Por conta dessa medida, o Estado respeitava a situação existente e a consentia, não apenas em relação aos terrenos regularmente ocupados após concessões da Coroa, mas também quanto aos que eram assenhorados por ocupação primária ou adquiridos por qualquer título apto, em tese, a transferir domínio¹¹⁷.

A legitimação de posse de que trata a Lei de Terras é muito próxima ao instituto romano da usucapião *pro deserto*. O direito a ser reconhecido tinha como causa uma relação direta entre a pessoa e a coisa, a posse com cultura efetiva, o que permite concluir que se trata de uma aquisição reconhecida pela ordem jurídica¹¹⁸.

A Lei de Terras adotava uma lógica de colonização direcionada a oferecer mão de obra abundante, com medidas para impedir que trabalhadores locais e imigrantes se tornassem titulares de suas próprias terras rapidamente. A lei impedia a usucapião de terras

¹¹⁵ Lei nº 601 de 1850. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10601-1850.htm>, [26/06/2018].

¹¹⁶ Art. 5º, *caput*, Lei nº 601 de 1850: *Serão legitimadas as posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primaria, ou havidas do primeiro occupante, que se acharem cultivadas, ou com principio de cultura, e morada, habitual do respectivo posseiro, ou de quem o represente, guardadas as regras seguintes: [...].* Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10601-1850.htm>, [26/06/2018].

“Errata com relação ao regime das sesmarias, a Lei de 1850 é, ao mesmo tempo, uma ratificação formal do regime das posses. O reconhecimento incondicional da propriedade do posseiro, sobre o terreno ocupado com cultura efetiva (art. 8), e a faculdade assegurada da legitimação das posses de extensão maior – ‘adquiridas por ocupação primaria’ -, desde que preenchida, ou começada a preencher, a condição de cultura (art. 5) – essas suas medidas regularizam definitivamente, perante o direito escrito, já os verdadeiros direitos, firmados pelo costume, já as simples pretensões, criadas pela tolerância, de um número considerável de agricultores e criadores, com posição designada nos quadros de nossa vida social e econômica”. LIMA, Ruy Cirne. *Pequena história territorial do Brasil*. 4ª ed. Brasília: Escola de Administração Fazendária, 1988, p. 65-66.

¹¹⁷ “E Lei de 1850, por conseguinte, embora reconhecesse, de plano, a aquisição da propriedade pela ‘posse com cultura efetiva, cuidou de corrigir excessos havidos nesse particular, fugindo, porém, de outro lado, de decretar uma expropriação em massa, cujos efeitos seriam imprevisíveis, atenta a repercussão que teria sobre a nossa economia e nossa própria organização social”. LIMA, Ruy Cirne. *Pequena história territorial do Brasil*. 4ª ed. Brasília: Escola de Administração Fazendária, 1988, p. 58.

¹¹⁸ “Que direitos o legislador de 1850 poderia reconhecer aos posseiros, se estes nenhum direito tinham, senão a posse? Que transação poderia haver, por outro lado, se a transação, efeito, embora, de concessões mútuas, é, antes de tudo, um recíproco reconhecimento de direitos?”. LIMA, Ruy Cirne. *Pequena história territorial do Brasil*. 4ª ed. Brasília: Escola de Administração Fazendária, 1988, p. 53.

públicas, reputando como delinquentes aqueles que delas se apossassem¹¹⁹. Também exigia que a aquisição de terras públicas ocorresse somente por compra, a preço suficientemente elevado para evitar a falta de mão de obra para os grandes produtores¹²⁰.

Ainda que a possibilidade de aquisição de áreas devolutas a partir do apossamento tivesse sido encerrada pela Lei de Terras de 1850, a usucapião foi instrumento relevante para a consolidação e a estabilidade da propriedade privada sobre o território nacional.

O Registro do Vigário, previsto na Lei de Terras de 1850 e organizado pelo regulamento nº 1.318/1854, não era uma instituição voltada à segurança da propriedade privada. As suas inscrições não atribuíam propriedade. Elas objetivavam apenas produzir estatísticas destinadas à Repartição Geral de Terras Públicas. Mas, ainda assim, as declarações de posse tomadas serviam para demonstrar a data de seu início e podiam ser aproveitadas como prova em eventual ação para o reconhecimento de usucapião¹²¹.

¹¹⁹ Art. 1º da Lei nº 601 de 1850. *Ficam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro titulo que não seja o de compra.*

Exceptuam-se as terras situadas nos limites do Imperio com paizes estrangeiros em uma zona de 10 leguas, as quaes poderão ser concedidas gratuitamente.

Art. 2º. Os que se apossarem de terras devolutas ou de alheias, e nellas derribarem mattos ou lhes puzerem fogo, serão obrigados a despejo, com perda de bemfeitorias, e de mais soffrerão a pena de dous a seis mezes do prisão e multa de 100\$, além da satisfação do damno causado. Esta pena, porém, não terá logar nos actos possessorios entre heréos confinantes.

Paragrapho unico. Os Juizes de Direito nas correições que fizerem na forma das leis e regulamentos, investigarão se as autoridades a quem compete o conhecimento destes delictos põem todo o cuidado em processal-os o punil-os, e farão effectiva a sua responsabilidade, impondo no caso de simples negligencia a multa de 50\$ a 200\$000.

¹²⁰ “Um dos benefícios da providência que a Secção tem a honra de propor a Vossa Magestade Imperial é tornar mais custosa a aquisição de terras... Como a profusão em datas de terras tem, mais que outras causas, contribuído para a difficuldade que hoje se sente de obter trabalhadores livres é seu parecer que d’ora em diante sejam as terras vendidas sem exceção alguma. Augmentando-se, assim, o valor das terras e dificultando-se consequentemente, a sua aquisição, é de se esperar que o immigrado pobre alugue o seu trabalho effectivamente por algum tempo, antes de obter meios de se fazer proprietário”. Consulta de 8 de agosto de 1842 da Secção do Império. ALBUQUERQUE, Joaqueim de Campos da Costa de Medeiros. *Consultas do Conselho de Estado: sobre assumptos da competência do Ministerio do Imperio*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1888, p. 71.

¹²¹ Art. 5º, *caput*, Lei nº 601 de 1850. *Serão legitimadas as posses mansas e pacíficas, adquiridas por occupação primaria, ou havidas do primeiro occupante, que se acharem cultivadas, ou com principio de cultura, e morada, habitual do respectivo posseiro, ou de quem o represente, [...]*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm>, [23/06/2018].

Art. 91, Dec. 1.318 de 1854. Todos os possuidores de terras, qualquer que seja o titulo de sua propriedade, ou possessão, são obrigados a fazer registrar as terras, que possuirem, dentro dos prazos marcados pelo presente Regulamento, os quaes se começarão a contar, na Côrte, e Provincia do Rio de Janeiro, da data fixada pelo Ministro e Secretario d’Estado dos Negocios do Imperio, e nas Provincias, da fixada pelo respectivo Presidente.

Art. 97, Dec. 1.318 de 1854. Os Vigarios de cada huma das Freguezias do Imperio são os encarregados de receber as declarações para o registro das terras, e os incumbidos de proceder á esse registro dentro de suas Freguezias, fazendo-o por si, ou por escreventes, que poderão nomear, e ter sob sua responsabilidade. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim1318.htm> [23/06/2018].

Nesse sentido, a negligência na utilização de recursos destinados à medição de terras e a ausência de uma conta corrente de terras foram causas para o insucesso do Registro do Vigário e da Repartição Geral de Terras Públicas, na tentativa de organização da base fundiária brasileira. Isso fazia aumentar, na verdade, a importância da usucapião para agregar segurança à propriedade privada¹²².

Ademais, a ausência de um repositório central com autoridade para certificar a propriedade fazia com que a prova do domínio dependesse da complexa demonstração da cadeia filiatória dos títulos de aquisição de domínio. A usucapião permitia que essa demonstração partisse de data suficiente para alcançar o prazo de usucapião¹²³.

Mesmo o sistema inicialmente organizado pelo Registro das Hipotecas (Lei nº 317, de 1843, regulamentada pelo Decreto nº 482, de 1846) e o subsequente sistema criado pelo Registro Geral (Lei nº 1.237, de 1864) não ofereciam certificação com efeitos de presunção do domínio. O interessado ainda deveria provar sua propriedade, demonstrando a cadeia de títulos ou o preenchimento dos requisitos da usucapião¹²⁴.

Na esfera legislativa, essas deficiências somente foram sanadas com o Código Civil de 1916, que, ao tratar do registro, conferiu-lhe efeitos probatórios, presumindo pertencer o direito real à pessoa em cujo nome se inscreveu ou transcreveu o título aquisitivo¹²⁵.

No direito anterior ao Código Civil de 1916, a usucapião poderia ocorrer nas modalidades ordinária e extraordinária. Em ambas, deveriam estar presentes os requisitos gerais de: (a) coisa hábil, não sendo adquiríveis as coisas fora do comércio e de venda

¹²² “Teve uma Repartição Geral das Terras Públicas, por espaço por mais de trinta anos, com a qual se despenderam grandes e constantes sommas; as suas comissões técnicas, para o fim de demarcar as terras do Estado e dar-lhes conveniente destino, foram dispendiosas e frequentes; e com tudo isso, nunca houve na Repartição Central sequer um mappa ou inventario completo, do qual constassem todos os lotes já demarcados, com a indicação de seu destino, isto é, si tinham sido vendidos, dados gratuitamente, concedidos a empresas, ou reservados a algum mistér do publico serviço”. CAVALCANTI, Amaro. *Elementos de finanças: estudo theorico-pratico*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1896, pag. 107.

¹²³ “Em alguns casos não faz senão confirmar simplesmente as transferências de domínio preexistentes, suprimindo a falta de prova”. PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Vol.1. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 218.

¹²⁴ Art. 35, Lei nº 317 de 1843: *Fica creado um Registro geral de hypothecas, nos lugares e pelo modo que o Governo estabelecer nos seus Regulamentos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM317.htm>, [23/06/2018].

Art. 8º, § 4º, Lei nº 1.237 de 1864: *A transcrição não induz a prova do dominio que fica salvo a quem fôr*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM1237.htm>, [23/06/2018].

¹²⁵ Art. 859, CC 1916. Presume-se pertencer o direito real à pessoa, em cujo nome se inscreveu, ou transcreveu.

proibida¹²⁶; (b) posse apta à usucapição, iniciada de modo justo, sem vícios de violência, clandestinidade e precariedade; (c) tempo; (d) boa-fé durante todo o prazo aquisitivo¹²⁷.

A usucapição ordinária beneficiava as posses com justo título, aquele hábil para a transferência do domínio. Para a aquisição de coisas móveis, a posse deveria ser exercida por três anos. Na aquisição dos móveis, eram necessários dez anos de posse, se a usucapição ocorresse entre ausentes, e de vinte anos, entre presentes. Eram consideradas presentes, as pessoas que residiam na mesma comarca¹²⁸.

A usucapição extraordinária poderia ser aplicada subsidiariamente nas hipóteses de ausência de justo título ou de coisa inábil por inalienabilidade, como as coisas de menores púberes e coisas litigiosas. O tempo de posse exigido era de trinta anos, tanto para móveis, quanto para imóveis. O prazo era elevado para quarenta anos para os bens públicos, imóveis da Igreja e estabelecimentos pios¹²⁹.

Também era possível reconhecer o domínio a partir da posse imemorial. O instituto configurava uma presunção legal de domínio, não sendo propriamente um modo de adquirir. A posse imemorial fazia presumir título, diante do qual cediam todas as dificuldades percebidas na usucapição¹³⁰. Por exemplo: a propriedade sobre coisas imprescritíveis, mas não absolutamente inalienáveis, como os bens públicos, poderia ser reconhecida – daí a

¹²⁶ Não eram coisas hábeis, dado que sua venda era proibida por lei, as coisas litigiosas, as clausuladas por inalienabilidade em testamento, bem sujeito ao fideicomisso, bens de menores durante a menoridade, bens adventício dos filhos enquanto perdura o pátrio poder, bens do domínio do Estado, bens das cidades e vilas, imóveis da Igreja e estabelecimentos pios.

No Direito Romano, a boa-fé era exigida apenas no começo da posse, segundo a máxima *mala fides superveniens non nocet*. As Ordenações Filipinas, por influência do Direito Canônico, passaram a exigir a boa-fé durante todo o período aquisitivo

¹²⁷ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Vol.1. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 215-233.

¹²⁸ Artigos 1320, 1322 e 1323. FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. vol.2. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 768-774.

Artigo 429 da Nova Consolidação das Leis Civis. CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito civil brasileiro recompilado ou Nova consolidação das leis civis vigentes em 11 de agosto de 1899*. Rio de Janeiro: Franciso Alves, 1899, p. 136-139.

“Para que a usucapição ordinária prevalecesse contra hipotecas inscritas, exigia-se ainda que o título fosse transcrito no registro geral da comarca, por força de dispositivo do Decreto nº 3.453(Regulamento do Registro Hipotecário), art. 255: A prescrição aquisitiva do 10 e 20 anos não poderá valer contra a hypotheca inscripta, se o título da mesma prescrição não estiver transcripto. O tempo desta prescrição só correrá da data da transcrição do título”.

¹²⁹ Artigo 1325. FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. vol.2. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 768-774.

Artigos 431 e 432 da Nova Consolidação das Leis Civis. CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito civil brasileiro recompilado ou Nova consolidação das leis civis vigentes em 11 de agosto de 1899*. Rio de Janeiro: Franciso Alves, 1899, p. 136-139.

¹³⁰ ALMEIDA, Francisco de Paula. *Direito das cousas*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1908, p. 231-232.

importância dessa modalidade para casos não tutelados sequer pela usucapião extraordinária, como nas hipóteses de ausência de boa-fé¹³¹.

Vale lembrar que o tempo imemorial é aquele que pode ser atestado por duas gerações: a atual, que pode narrar ter sempre conhecido o estado atual das coisas, e a geração anterior, capaz de atestar que não se recorda de um estado diferente das coisas. Desse modo, a posse imemorial poderia ser demonstrada por depoimentos de testemunhas integrantes de duas gerações, capazes de atestar por tempo de 40 anos¹³².

Em matéria de usucapião, o Código Civil de 1916 afastou-se do modelo unitário de tratamento da usucapião e da prescrição, em que ambos são disciplinados como instituto único, identificando a usucapião como prescrição aquisitiva, e a prescrição em si, como prescrição extintiva¹³³.

Foi adotado o modelo dualista, de modo que a prescrição de ações passou a ser disciplinada na parte geral do Código, considerando que ela se aplica a relações de diversas naturezas, como as obrigações, a família e a herança. A usucapião, por sua vez, foi disciplinada na parte especial, no livro do direito das coisas, com dispositivos destinados à usucapião de bens móveis (arts. 618 e 619) e de bens imóveis (arts. 550 a 553), nas suas modalidades ordinária e extraordinária¹³⁴.

¹³¹ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Vol.1. Brasília: Senado Federal, p. 216-264.

¹³² Nota de rodapé nº 15, incluída na terceira edição da Consolidação das Leis Civis. FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. vol.2. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 774.

Art. 432 da Nova Consolidação das Leis Civis. CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito civil brasileiro recompilado ou Nova consolidação das leis civis vigentes em 11 de agosto de 1899*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1899, p. 137.

¹³³ A unidade do conceito de prescrição (prescrição extintiva) e de usucapião (prescrição aquisitiva) pertence à escola do direito natural. Do ponto de vista filosófico por ela adotado, a usucapião e a prescrição das ações partem da raiz comum dos efeitos jurídicos do decurso do tempo, o que explica a existência de aspectos comuns. Em ambos os institutos, haveria uma correlação entre um aumento e uma perda patrimonial. Uma situação puramente aquisitiva se vislumbraria somente na ocupação de *res nullius*. Uma situação puramente extintiva se observa apenas no abandono do domínio. MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e pratica das obrigações ou Tratado Geral dos Direitos de Credito*. Curitiba: Imprensa Paranaense, 1908, p. 513-514. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000092.pdf>, [27/09/2019].

¹³⁴ *A maioria do codigos vigentes, seguindo o exemplo do francez (arts. 2219 e 2281) e do austriaco (1451-1502), fizeram da prescripção aquisitiva e extintiva o remate de suas disposições. [...] Mas a identidade do nome fez presuppôr identidade de conceitos, quando a verdade é que em um caso o direito fenece, atrophiasse e perde o tecido protector da acção, emquanto que no ontro assiste-se á formação do Direito, que, em um dado momento de na evolução reveste com esse tegumento da garantia judicial. [...] Incontestavelmente o methodo preferivel é expôr, na parte geral, os preceitos sobre a prescripção propriamente dicta, pois que não se applicam elles sómente a uma classe especial de relações juridicas, mas a todas, privando-as do remedio juridico que as garante contra a violações. A usucapião (conservemos o nome romano, que nos ajudará a evitar a ambiguidade reinante) ocupa seu posto natural entre os modos de adquirir a propriedade. Esse foi o methodo adoptado pelo código civil alemão, que aliás não realisou uma inovação, como é fácil verificar*

Pela redação original do Código Civil de 1916, a usucapião extraordinária de imóveis tinha prazo de trinta anos. Já a usucapião ordinária entre ausentes exigia prazo de vinte anos, e entre presentes, de dez anos.

A usucapião disciplinada pelo Código Civil de 1916 não envolvia requisitos relacionados à valorização do uso efetivo dos imóveis, como ocorria nas figuras antecedentes da legitimação de posses e na *usucapio pro deserto* romana.

A Lei nº 2.437, de 1955, reduziu os prazos da usucapião extraordinária e ordinária entre presentes para vinte e quinze anos respectivamente. Tal alteração já se insere em um contexto de reconhecimento do sentido social da usucapião e na percepção da desnecessidade de prazos tão alongados para a aquisição.

Mas a valorização do aproveitamento efetivo dos bens imóveis gradativamente ganhou relevância a partir da diversificação das modalidades de usucapião que incluíam requisitos relacionados à função social (*posse-trabalho* e *posse-moradia*), prestigiadas com prazos reduzidos para a aquisição¹³⁵.

No campo constitucional, a valorização da posse com função social iniciou-se com a Constituição de 1934, que disciplinou a aquisição de imóveis rurais por *posse-trabalho*, com prazo de dez anos – regra presente nas constituições seguintes, exceto na de 1967. A Constituição Federal de 1988, a saber, reduziu a usucapião agrária para cinco anos e introduziu a modalidade da usucapião por posse-trabalho de imóveis urbanos, com igual prazo de cinco anos¹³⁶.

consultando os civilistas. BEVILAQUA, Clovis. *Em defesa do projecto de Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906, p. 85-87. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/224223>>, [27/09/2019].

¹³⁵ “O legislador mais moderno, portanto, usando de um instituto milenar, implementa a função social da propriedade, determinada pela Constituição Federal (art. 5º, XXIII), ao dispor no direito material sobre novas modalidades de usucapião, como a especial urbana, a rural e a familiar, e, no direito processual e registral, simplificando os procedimentos para o reconhecimento ou declaração da usucapião”. DUARTE, Nestor. Breve exame da usucapião no direito brasileiro. Em: *Estudos em homenagem a Clovis Bevilacqua por ocasião do centenário do direito civil codificado no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura; 2018. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc34.pdf?d=636808166395003082>>, [30/11/2019].

¹³⁶ Art 125 da Constituição de 1934, art. 148 da Constituição de 1937, art. 156, § 3º da Constituição de 1946, arts. 183 e 191 da Constituição Federal de 1988.

No campo da lei ordinária, por sua vez, o Estatuto do Índio introduziu a usucapião indígena (art. 33), com prazo de dez anos, e o Estatuto da Cidade disciplinou a usucapião urbana coletiva (art. 10), com prazo de cinco anos.

O Código Civil de 2002, além de reduzir o prazo da usucapião extraordinária para quinze anos e da usucapião ordinária para dez anos, sem distinções entre ausentes e presentes, prestigiou a *posse-trabalho* e a *posse-moradia* com a redução de prazos de aquisição: dez anos na modalidade extraordinária e cinco anos na modalidade ordinária¹³⁷.

Posteriormente, a Lei 12.424, de 2011, introduziu o art. 1.240-A ao Código Civil de 2002, disciplinando usucapião urbana por abandono do lar com prazo aquisitivo de dois anos.

Percebe-se que a diversificação das modalidades da usucapião expressa, no campo legislativo, o aumento da relevância do instituto para conferir estabilidade às situações dominiais. Paralelamente, houve também uma progressiva redução dos prazos de aquisição, estratégia que não se restringiu às modalidades de usucapião que buscam prestigiar a *posse-moradia* e a *posse-trabalho*.

É comum que o desenvolvimento das sociedades seja acompanhado de uma correspondente melhoria do seu aparato burocrático, capaz de formalizar e documentar adequadamente as transmissões imobiliárias. Como os proprietários contam com melhores recursos para provar seu direito, tornam-se capazes de demonstrar uma cadeia filiária mais extensa. Dessa maneira, os prazos reduzidos de usucapião tornam-se dispensáveis, o que permite à ordem jurídica elevar os prazos de usucapião, com o objetivo de proteger melhor o titular do domínio contra aqueles que o violam¹³⁸.

Esse mesmo aparato burocrático permite ainda que as usurpações se tornem mais raras. Quem adquire um imóvel tem condições de verificar, pelo registro imobiliário, quem

¹³⁷ Art. 1.238, parágrafo único e art. 1.242, parágrafo único do Código Civil.

¹³⁸ “Considerada do ponto de vista evolucionário, a história do direito romano e a de nosso Antigo Direito apresentam um paralelismo impressionante: primeiro, prazos muito curtos (em Roma, a usucapio por um ou dois anos, na antiga lei costumeira, posse do ano e dia); mais tarde, longos atrasos e condições, refinamentos morais, destinados a salvaguardar os direitos do proprietário original. Prazos curtos são adequados para uma sociedade bárbara e não burocrática, onde as provas de propriedade são perecíveis; com o desenvolvimento da civilização do papel, podemos estender os prazos; mas, mais um progresso, e voltaremos à brevidade, por diferentes razões, porque os direitos estão tão bem assentados que não ocorrem por dilação mais usurpações. [...] É provável que a instituição esteja em declínio. Nos países do livro de terreno (por exemplo, Alemanha), logicamente não há lugar: a prescrição não pode ser feita contra um proprietário registrado” (tradução minha). CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. vol. 3. 8ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1975, p. 245-246.

é o seu dono. O desenvolvimento dos meios de comunicação e transporte também permite um controle mais eficaz da propriedade por seus titulares – o que viabiliza indiretamente um movimento de redução dos prazos para a usucapião, como verificamos no Direito Brasileiro nas últimas décadas.

O passo seguinte seria o recuo da relevância e da aplicabilidade do instituto, como ocorre hoje na Alemanha, em que a usucapião só se opera em favor de quem tem o seu título registrado por trinta anos¹³⁹. No entanto, o desenvolvimento histórico da usucapião no Brasil demonstra como ela adquiriu relevância, principalmente nas situações em que o Direito necessita lidar com a dualidade entre a propriedade formal, criada segundo os modos solenes de aquisição, e a propriedade informal, convertida da posse.

Se no Direito Romano Clássico, essa dualidade era presente entre a propriedade quirritária, exclusiva aos cidadãos romanos e aos imóveis itálicos, e a propriedade bonitária; e se no Brasil colonial, a dualidade estava presente entre as concessões de sesmarias e as ocupações, atualmente, a dualidade se expressa entre a propriedade formal, adquirida segundo os meios válidos, devidamente publicizada pelo Registro Imobiliário, e a propriedade informal, em que o domínio é simplesmente exercido sem adequada formalização.

Estima-se que, no Brasil, 50% dos imóveis encontram-se em situação irregular. A informalidade dos imóveis vai de favelas a condomínios de luxo, por múltiplos fatores, como: invasões, loteamentos irregulares e clandestinos, venda de imóveis feita ilegalmente ou com disposições ilegais que impedem o registro¹⁴⁰.

¹³⁹ O titular de um direito pode impugnar a contradição entre a realidade jurídica e o que o registro informa. A omissão por certo período, pode fazer triunfar o registro, convertendo a aparência por ele criada, em realidade jurídica. Esta é a base da usucapião segundo o registro, desenvolvida inicialmente na Áustria e na região alemã de Hesse, recepcionada pelo BGB, § 900. Nesta modalidade de aquisição, a única admitida pelo BGB para aquisição de imóveis, o beneficiário deve por trinta anos, exercer posse e estar indevidamente inscrito como titular do direito. ENNECCERUS, Ludwig. KIPP, Theodor. WOLFF, Martin. GONZÁLES, Blas Pérez (trad). ALGUER, José (trad). *Tratado de Derecho Civil*. Tomo 3. Vol. 1. Barcelona: BOSCH, 1950, p. 287-288 e 349-350.

¹⁴⁰ “Essa irregularidade tem diversos matizes, começando por dramáticas situações de posse precária de áreas públicas ou privadas, de risco, sem qualquer infraestrutura urbana – água, luz, esgoto, asfalto, coleta de lixo, escolas hospitalares etc. -, passando por áreas ocupadas com certo ordenamento e chegando até áreas já perfeitamente urbanizadas, nas quais seus ocupantes possuem contratos de venda e compra desses imóveis e que já formaram bairros luxuosos. [...] São Paulo, quarta maior metrópole do mundo, ainda tem em situação irregular perto de 60% dos imóveis localizados na área central, segundo estatísticas realizadas pelo 5º Registro de Imóveis de São Paulo”. FERRAZ, Patrícia André de Camargo. *Regularização fundiária e desenvolvimento econômico sustentado*. Em NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (coord.). *Regularização Fundiária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 127-153.

Como instrumento de regularização, a usucapião continua relevante no Direito Brasileiro. Devido a isso, as leis sobre regularização fundiária urbana apresentam dispositivos que disciplinam como a usucapião se opera no curso de seus processos¹⁴¹.

A Lei nº 11.977, de 2009, em sua redação original, permitia conceder legitimação de posse aos ocupantes de áreas que fossem objeto de regularização. Após o registro da legitimação, reunidos os requisitos para a usucapião, na modalidade constitucional urbana ou demais modalidades aplicáveis, poderia o interessado requerer a conversão em propriedade¹⁴².

Já a vigente lei de regularização fundiária urbana – REURB – permite a conversão automática da legitimação de posse em direito de propriedade após cinco anos do registro da legitimação, nos casos de usucapião constitucional urbana. Nas demais modalidades de usucapião, a conversão dependerá de requerimento do interessado ao Registro Imobiliário¹⁴³.

2.4 Elementos da usucapião

A fórmula adotada pelos romanistas para descrever analiticamente os pressupostos da usucapião continua adequada para o estudo do instituto em sua atual configuração. Nessa fórmula, a usucapião tem como pressupostos essenciais, presentes em todas as suas modalidades, a posse (*possessio*), o tempo (*tempus*) e a coisa hábil (*res habilis*), e como pressupostos específicos da modalidade ordinária, o justo título (*titulus*) e a boa-fé (*fides*)¹⁴⁴.

Os itens seguintes utilizam essa fórmula, que, por sua simplicidade e clareza, é apropriada para o objetivo deste capítulo de traçar um panorama geral da usucapião, para

RIBEIRO, Luiz. *Metade dos imóveis urbanos no país não tem escritura*. Reportagem publicada pelo jornal Estado de Minas, em 28/07/2019. Disponível em:

<https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2019/07/28/interna_politica,1072944/metade-dos-imoveis-urbanos-no-pais-nao-tem-escritura.shtml>, [19/10/2019].

¹⁴¹ Como será exposto no item 3.2.1 – “Reconhecimento em regularização fundiária”, somente na legitimação de posse em regularização fundiária urbana, a conversão em propriedade tem natureza de usucapião. É classificada como derivada, a aquisição que segue a legitimação de posse em regularização rural. A legitimação fundiária em sede de regularização urbana não ostenta natureza de usucapião, é modalidade autônoma de aquisição originária.

¹⁴² Art. 60, *caput* e §3º da Lei nº 11.977 de 2009.

¹⁴³ Art. 26, *caput* e §1º da Lei nº 13.465 de 2017.

¹⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 274. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. vol. IV. Direitos Reais*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pag. 117. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pag. 247. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das coisas, volume 5*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, pag. 108. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direitos reais*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, p. 218.

identificar os aspectos do instituto que interagem com as discussões sobre a possibilidade de usucapir imóveis desconformes com a legislação de parcelamento do solo.

Pelas fontes consultadas, principalmente as jurisprudenciais, os debates estão centrados no pressuposto da coisa hábil (*res habilis*); mas também são perceptíveis as interações desse debate com o pressuposto do justo título (*titulus*).

É possível questionar se um contrato de compra e venda, pelo qual o alienante identifica e destaca parte de seu imóvel em porção inferior ao módulo urbano ou rural, poderá conformar justo título, ante a clara violação à disciplina de parcelamento do solo.

2.4.1 Posse (*possessio*)

A posse é o fato objetivo sobre o qual o tempo, força operante da vida jurídica, realiza a transformação do fato em direito. A posse unida ao tempo é o fundamento da usucapião. Outros pressupostos são considerados, mas não são elementares como estes dois¹⁴⁵.

Nem toda posse é juridicamente apta a gerar usucapião. Somente a posse que reúne as características especiais de *animus domini*, continuidade e ausência de oposição, é qualificada como posse *ad usucapionem*, com capacidade para viabilizar a usucapião.

Duas teorias são essenciais para a compreensão da posse, e em especial, da posse *ad usucapionem*, sobretudo com relação ao elemento do *animus domini*. A primeira é chamada de teoria subjetivista e tem Friedrich von Savigny como principal expoente. E a segunda é chamada de teoria objetivista, capitaneada por Rudolf von Ihering.

A autoria da denominação das teorias é atribuída a Ihering, quem definiu sua própria teoria como objetiva em contraposição às teorias que lhe antecedem, chamadas por ele de subjetivas¹⁴⁶.

Os estudos de Savigny, expoente da teoria subjetiva, sobre a posse no Direito Romano permitiram reconstruir sua dogmática e identificá-la como categoria autônoma, de maneira que bastaria a relação fática entre o possuidor e a coisa para a produção de efeitos

¹⁴⁵ BEVILAQUA, Clovis. *Direito das coisas*. vol. 1. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941, p. 168.

¹⁴⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Posse, II, 1. tomo: estudo dogmático*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 39.

jurídicos vocacionados à tutela do fato da posse. O conjunto desses efeitos era identificado como *ius possessionis* e abarcavam os interditos proibitórios e a usucapião¹⁴⁷.

De acordo com a teoria de Savigny, a definição jurídica da posse considera que o fato da apreensão física da coisa, ou mesmo da possibilidade física de influir sobre a coisa (*corpus*), elemento objetivo da posse, deve estar acompanhado da intenção de exercer direito de propriedade sobre a coisa, identificada como *animus domini*.

O *animus possidendi* é o elemento de cunho psicológico na posse, baseado na vontade de ter a coisa como sua, de exercer em nome próprio direito de propriedade sobre a coisa (*animus domini* ou *animus rem sim habendi*) e de defendê-la contra as interferências de terceiros. O elemento do *animus* permitiria distinguir a posse da detenção, situação em que ocorre somente apreensão física da coisa, sem que o agente tenha vontade de tê-la como sua, para a qual inexistente tutela possessória¹⁴⁸.

¹⁴⁷ “Mas o direito romano regula a maneira de adquirir e perder a posse, como acontece com a propriedade: não a considera meramente como consequência de um direito, mas como sendo ela própria, a condição determinante de certos direitos. Portanto, nosso trabalho que visa estabelecer uma teoria jurídica da posse, se preocupará apenas com os direitos derivados da posse (*jus possessis*), e não com o direito de possuir, um direito que jurisconsultos modernos chamaram *jus possidendi*; é na teoria da propriedade que esta deve encontrar seu lugar” (em minha tradução).

“*Mais le droit romain règle la manière d'acquérir et de perdre la possession, comme il le fait pour la propriété: il ne la considère donc pas seulement comme la conséquence d'un droit, mais comme étant elle-même la condition déterminante de certains droits. Aussi notre ouvrage, qui a pour but d'établir une théorie juridique de la possession, ne s'occupera-t-il que des droits qui dérivent de la possession (jus possessionis), et non du droit de posséder, droit que les jurisconsultes modernes ont appelé jus possidendi; c'est dans la théorie de la propriété que ce dernier doit trouver place*” (versão francesa).

SAVIGNY, Friedrich Karl von. RUDORFF, Adolphus Fridericus (trad.). STAEDTLER, Henri (ed.). *Traité de la possession en droit romain*. 3^a ed. Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1893, p. 03. Disponível em: <<https://archive.org/details/traitdelapossess00savi>>, [07/11/2019].

¹⁴⁸ “Dissemos acima que a posse de uma coisa é um fato físico que corresponde ao fato jurídico da propriedade. Consequentemente, o *animus possidendi* nada mais é do que a intenção de exercer o direito de propriedade. Essa definição, no entanto, não é suficiente, porque quem detém uma coisa pode ter essa intenção de duas maneiras diferentes: ele pode querer exercer o direito de propriedade de terceiros ou de sua propriedade. Se ele pretende exercer o direito de propriedade de terceiros, um direito que ele reconhece pelo mesmo, não existe o *animus possidendi* necessário para o fato da detenção se transformar em posse” (em minha tradução).

“*Nous avons dit plus haut que la détention d'une chose est un fait physique correspondant au fait juridique de la propriété. En conséquence l'animus possidendi n'est autre chose que l'intention d'exercer le droit de propriété. Cette définition cependant ne suffit pas, car celui qui détient une chose peut avoir cette intention de deux manières différentes: il peut vouloir exercer le droit de propriété d'autrui ou le sien propre. S'il a l'intention d'exercer le droit de propriété d'autrui, droit qu'il reconnaît par là même, il n'y a pas là cet animus possidendi que est nécessaire pour que le fait de la détention se transforme en possession*” (versão francesa).

SAVIGNY, Friedrich Karl von. RUDORFF, Adolphus Fridericus (trad.). STAEDTLER, Henri (ed.). *Traité de la possession en droit romain*. 3^a ed. Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1893, p. 88-89. Disponível em: <<https://archive.org/details/traitdelapossess00savi>>, [07/11/2019].

Por esse critério, porém, não seria possível conferir proteção àqueles que exercem poder sobre a coisa em nome próprio, sem pretender ser seu proprietário, como o arrendatário, o locatário e o usufrutuário.

Savigny checou a propor uma espécie distinta, a posse derivada, aplicável ao credor pignoratício, o precarista e o depositário de coisa litigiosa. Nessas hipóteses, o ato de entrega da coisa não importava transferência da propriedade, mas outorgava poderes para conservação, razão pela qual a proteção possessória também seria viabilizada. O credor pignoratício, o precarista e o depositário poderiam tutelar a posse, representando o proprietário¹⁴⁹.

É nessa questão que residem as insuficiências da teoria subjetivista. A ideia de que agentes como o arrendatário, o locatário e o usufrutuário possam exercer posse derivada, atuando como representantes do proprietário, não coincide com a realidade jurídica. Em tais casos, o exercício da posse é orientado por interesses próprios¹⁵⁰.

A proposta de uma posse derivada, exercida sem o *animus*, expressa uma incoerência interna da teoria subjetiva, com relação à premissa inicial que define a posse como a união do *corpus* com o *animus rem sim habendi*¹⁵¹.

A teoria objetiva desenvolvida por Ihering identifica que a posse é um interesse juridicamente protegido e, portanto, conforma um direito. Mas a proteção da posse pretende facilitar a proteção da propriedade. A posse é protegida porque expressa o exercício da propriedade. Em geral, o direito de propriedade coexiste com a posse. Quando a posse é exercida como direito independente, a proteção se justifica porque ela aparenta propriedade¹⁵².

¹⁴⁹ Ibidem, p. 87-102. Disponível em: <<https://archive.org/details/traitdelapossess00savi>>, [07/11/2019].

¹⁵⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 21.

GOMES, Orlando. FACHIN, Luiz Edson (atual.). *Direitos reais*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 33.

¹⁵¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 21.

GOMES, Orlando. FACHIN, Luiz Edson (atual.). *Direitos reais*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 33.

¹⁵² “La protección posesoria ha sido, según esto, introducida teniendo en cuenta la propiedad. Pero es imposible conceder esta protección al propietario sin que los no propietarios se aprovechen de ella al mismo tiempo. Y en efecto; si la prueba realmente necesaria de la propiedad se limita á la demostración de su exterioridad, esta facilidad resulta en pro de todo individuo que esté en situación de prevalerse joersonalmente de tal elementó. La posesión adquiere de esta manera frente á la propiedad una independencia tal, que no sirve sólo y exclusivamente á la propiedad, sino que puede también volverse contra ella. El mismo servicio que presta al propietario que posee de protegerle sin dificultades contra los ataques extraños, lo presta al no propietario que posee, y también contra el mismo propietario que no posee”. IHERING, Rudolf von.

Considerando esses propósitos, é possível definir a posse como exteriorização da propriedade, complemento necessário à proteção do domínio, uma facilitação da prova em favor do proprietário e que também pode beneficiar mero possuidor¹⁵³.

Não é necessário pesquisar a intenção do agente, porque o seu comportamento é avaliável objetivamente, e isso é suficiente para exteriorizar o domínio. Para a configuração da posse, basta a presença do elemento objetivo, a conduta como dono, o comportamento normal esperado de um proprietário, considerando a função econômica da coisa¹⁵⁴.

Dessa maneira, a teoria proposta por Ihering desconsidera a autonomia e relevância do elemento anímico na posse. O aspecto psíquico é, nesse caso, identificado como a vontade de agir como proprietário (*affectio tenendi*), o que já é expresso pelo comportamento do possuidor com relação à coisa como a de um proprietário¹⁵⁵.

O que pode retirar desse comportamento de proprietário, a qualidade de posse, é a incidência de um obstáculo legal. Considerando a causa pela qual o agente iniciou sua relação com a coisa, a lei poderá qualificá-la como mera detenção, destituída de tutela possessória¹⁵⁶.

POSADA, Adolfo (trad). *Teoría de La Posesión. El fundamento de la protección posesoria*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1892, p. 65. Disponível em: <<https://archive.org/details/B040466>>, [09/11/2019].

¹⁵³ "La comprendo en la proposición siguiente: La protección de la posesión, como exterioridad de la propiedad, es un complemento necesario de la protección de la propiedad, una facilitación de la prueba en favor del propietario, la cual aprovecha necesariamente también al no propietario". IHERING, Rudolf von. POSADA, Adolfo (trad). *Teoría de La Posesión. El fundamento de la protección posesoria*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1892, p. 57. Disponível em: <<https://archive.org/details/B040466>>, [09/11/2019].

¹⁵⁴ "Por exterioridad de la propiedad entiendo el estado normal externo de la cosa, bajo el cual cumple el destino económico de servir á los hombres. Este estado toma, según la diversidad de las cosas, un aspecto exterior diferente; para las unas, se confunde con la detención ó posesión física de la cosa; para las otras, no. Ciertas cosas se tienen ordinariamente bajo la vigilancia personal ó real, otras quedan sin protección ni vigilancia". IHERING, Rudolf von. POSADA, Adolfo (trad). *Teoría de La Posesión. El fundamento de la protección posesoria*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1892, p. 183. Disponível em: <<https://archive.org/details/B040466>>, [09/11/2019].

¹⁵⁵ "Basta la mera exterioridad de la relación posesoria, sin que sea precisa aun la prueba de la voluntad. La posesión aparente implica la voluntad de poseer. La situación es la misma que en las relaciones obligatorias. En la venta y en el arriendo no se exige y no se prueba el animus rendendi, locandi, o mismo debe pasar con el animus possidendi en la posesión. La voluntad de poseer que desempeña un papel tan grande en la teoría reinante, no se manifiesta jamás en la aplicación práctica del derecho, porque concuerda con la posesión aparente de un modo tan completo, como la voluntad de venderé de arrendar con la venta ó el arrendamiento aparentes". IHERING, Rudolf von. POSADA, Adolfo (trad). *La voluntad en La Posesión*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1896, p. 165. Disponível em: <<https://archive.org/details/BRes040497>>, [09/11/2019].

¹⁵⁶ IHERING, Rudolf von. POSADA, Adolfo (trad). *La voluntad en La Posesión*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1896, pag. 292. Disponível em: <<https://archive.org/details/BRes040497>>, [09/11/2019].

A distinção entre a posse a detenção estabelece outra importante diferença entre a teoria objetiva e a teoria subjetiva. Segundo Savigny, a detenção consistia em uma relação destituída de *animus domini*. A adição do elemento subjetivo permitia estabelecer a relação possessória. Segundo Ihering, entretanto, a relação possessória defendia apenas a exteriorização da propriedade. Para causas específicas pelas quais o agente se relaciona com a coisa, a lei impede a formação da posse e qualifica essa relação como detenção¹⁵⁷.

O art.1.1.96 do Código Civil de 2002 define a posse a partir do conceito de possuidor, considerado como aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade. Esse dispositivo revela a adoção da teoria objetiva de Ihering pelo código.

O Código Civil de 2002 possui dois dispositivos de bloqueio de efeitos possessórios, o art. 1.198 e a primeira parte do art. 1.208, a respeito da detenção dependente, além da segunda parte do art. 1.208, sobre a detenção independente.

O primeiro dispositivo qualifica como “detenção”, as relações dos fâmulos e dos servos da posse, os quais exercem poder sobre a coisa, no cumprimento de ordens ou instruções, em uma relação de subordinação com o possuidor.

O detentor não assume a qualidade de possuidor enquanto não exteriorizar o rompimento dessa situação de subordinação, hipótese que deverá ser objeto de prova pelo interessado, para afastar a presunção relativa de continuidade da condição de mero detentor (art. 1.198, parágrafo único, CC)¹⁵⁸.

A primeira parte do segundo dispositivo, o art. 1.208 do Código Civil, trata dos atos de tolerância e de permissão. A permissão consiste na conduta positiva de entrega voluntária da coisa ao detentor, para que este a tenha momentaneamente, sob vigilância e controle do possuidor. A tolerância é o comportamento omissivo, consciente ou não, de condescendência

¹⁵⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol. IV. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 117-136.

¹⁵⁸ O Enunciado nº 301 aprovado na IV Jornada de Direito Civil do CJF e STJ esclarece que “É possível a conversão da detenção em posse, desde que rompida a subordinação, na hipótese de exercício em nome próprio dos atos possessórios”.

com a atividade de terceiros sobre a coisa, sem implicar renúncia ou transferência da posse.¹⁵⁹

A ocupação de bens públicos é classificada como detenção por ato de tolerância do Estado. Os bens públicos, por serem coisas postas fora do comércio, não são suscetíveis de posse privada. Apesar do Código Civil de 2002 não conter dispositivo semelhante ao art. 520, III do Código Civil de 1916¹⁶⁰, remanesce o princípio de que a vinculação da coisa a um interesse público tem primazia absoluta sobre qualquer situação jurídica privada, o que afasta ideia de posse de bens públicos pelo particular¹⁶¹.

Para julgar casos de ocupações irregulares de imóveis públicos, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou jurisprudência que parte da regra de impossibilidade de usucapião de bens públicos e do conceito de posse como exercício de poderes de proprietário para estabelecer a impossibilidade jurídica de posse sobre imóveis públicos ocupados irregularmente, situações que configurariam mera detenção, por tolerância do Poder Público¹⁶².

A segunda parte do art. 1.208 do Código Civil dispõe sobre a detenção independente, definindo que não autorizam a aquisição da posse os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade.

Há divergências sobre a interpretação dessa regra. Clovis Bevilacqua defende que esse trecho trata da posse injusta que inviabiliza usucapião. Cessados os vícios da violência

¹⁵⁹ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Arts. 1096 a 1510-A, Livro III – Direito das Coisas in Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. CEZAR, Peluzo (coord.). Barueri: Manole, 2017, p. 1099.

¹⁶⁰ Art. 520 do Código Civil de 1916. “Perde-se a posse das coisas: [...] III – Pela perda, ou destruição delas, ou por serem postas fora do comércio”.

¹⁶¹ ALVES, José Carlos Moreira. *A detenção no direito civil brasileiro: conceito e casos*. In: CAHALI, Yussef Saïd (coord.). *Posse e propriedade: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 28-29.

¹⁶² “Como é cediço, o particular jamais exerce poderes de propriedade, já que o imóvel público não pode ser usucapido (art. 183, § 3º, da CF). O particular, portanto, nunca poderá ser considerado possuidor de área pública, senão mero detentor” (REsp 1183266 / PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 10/05/2011, DJe 18/05/2011). No mesmo sentido, os julgados REsp 863.939/RJ, AgRg no ArRg no AREsp 66538/PA, REsp 900159 / RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 01/09/2009, DJe 27/02/2012; REsp 1310458/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, julgado em 11/04/2013, DJe 09/05/2013; AgRg no REsp 1470182/RN, Rel. Min. Mauro Cambbell Marques, 2ª Turma, julgado em 04/11/2014, DJe 10/11/2014; AgRg no REsp 851906/DF, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4ª Turma, julgado em 04/12/2014, DJe 11/12/2014; e REsp 1055403/RJ, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 07/06/2016, DJe 22/06/2016.

ou clandestinidade, a posse convalesce como justa, como se os vícios não houvessem existido¹⁶³.

Criticando tal interpretação, Moreira Alves esclarece que o exercício de poder sobre a coisa, iniciado por atos de violência e clandestinidade, não configura posse, somente detenção, enquanto perdurarem tais atos. Quando cessam, inicia-se a posse injusta, classificação decorrente dos vícios pretéritos presentes na sua causa (art. 1.200, CC)¹⁶⁴.

Nessa linha, a posse classificada como injusta poderá ser qualificada como *ad usucapionem* se inexistirem atos de violência ou clandestinidade no período aquisitivo. Será uma posse injusta com relação àquele que a perdeu, pelo ato de violência ou clandestinidade, mas ainda será uma posse apta à usucapião¹⁶⁵.

É válido enfatizar que nem toda posse é capaz de gerar usucapião. Após a apresentação das teorias que permitem compreender a posse, e diferenciados os institutos da posse e da detenção, os subitens abaixo tratam dos elementos exigidos para que a posse seja apta a gerar usucapião (*posse ad usucapionem*): *affectio tenendi*, ausência de oposição e de interrupção.

2.4.1.1 “Possuir como seu” (*affectio tenendi*)

Nem toda posse é capaz de gerar usucapião. Na posse capaz de provocar usucapião, chamada de posse *ad usucapionem*, ganha relevância o elemento anímico, segundo a expressão “*possuir como seu*” e suas variações na redação dos arts. 1.238, 1.239 e 1.240 do Código Civil.

Se, ao definir a posse como o exercício em nome próprio de qualquer dos poderes inerentes à propriedade, o Código Civil de 2002 adotou a teoria objetiva de Ihering, ao

¹⁶³ BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. vol. 3. 4ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1930, p. 24.

¹⁶⁴ “Assim, em face do sistema adotado pelo nosso Código Civil, os atos de violência ou de clandestinidade, enquanto a violência ou a clandestinidade ocorrem, impedem o surgimento da posse (aquele que os pratica é mero detentor, sem qualquer relação de dependência com o possuidor), mas, uma vez cessados, continuam eles a produzir o efeito de qualificar, como injusta (com efeitos daí resultantes), a posse que, a partir de então, surge”. ALVES, José Carlos Moreira. *A detenção no direito civil brasileiro: conceito e casos*. In: CAHALI, Yussef Saïd (coord.). *Posse e propriedade: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 13.

¹⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. vol. 5. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 279.

caracterizar a posse *ad usucapionem*, conferindo relevância ao elemento anímico, há uma aproximação com a teoria subjetiva de Savigny¹⁶⁶.

O *animus domini* é o elemento preponderante para a usucapião. A posse com a intenção de senhor, para usucapião do direito de propriedade, ou de titular de direitos reais limitados, para sua aquisição, é essencial. Assim, as posses destituídas da vontade de ter a coisa para si, como a posse direta do locatário e do credor pignoratício, não viabilizam a usucapião de qualquer direito.¹⁶⁷

Pela teoria de Savigny, a definição de *animus possidendi* coincide com a de *animus domini*, pois ambas se referem à intenção de exercer, em nome próprio, o direito de propriedade sobre a coisa. O elemento crucial aqui é o propósito de exercer poder sobre a coisa, com exclusão de terceiros e de eventual titular do domínio. Não é exigida a convicção a respeito do direito de propriedade (*opinio domini*), portanto, não são incompatíveis o conhecimento de que a coisa pertence a outrem e o ânimo de possuí-la como sua¹⁶⁸.

Contudo, como já exposto, a teoria subjetiva apresenta fragilidades para lidar com hipóteses em que os agentes exercem poder sobre a coisa sem a intenção de ter a sua propriedade.

Na disciplina da usucapião, essa fragilidade repercute na dificuldade de identificar a formação de *animus domini* quando a relação da coisa é iniciada por ato de confiança. O art. 1.208 do Código Civil esclarece que, quando cessados os atos de violência e a clandestinidade, é possível a conformação da posse. A omissão com relação à precariedade poderia induzir à interpretação de que jamais seria possível a formação de posse *ad usucapionem* quando ocorresse esse vício¹⁶⁹. Daí a importância da teoria objetiva de Ihering, para complementar o conceito jurídico de *posse ad usucapionem*.

¹⁶⁶ RIZZARDO, Arnaldo. Direito das coisas. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 247-302.

¹⁶⁷ “Incompatíveis o *animus domini* e o reconhecimento de domínio alheio. Jamais, exemplificadamente, o comodatário usucapirá o imóvel que tem em comodato porque, reconhecendo a propriedade do comodante, não tem a posse com ânimo de senhor”. NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Usucapião*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992, p. 89.

“[...] aquele que possui com base num título que o obriga a restituir desfruta de uma situação incompreensível com a aquisição da coisa para si mesmo”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol. IV. Direitos Reais. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 117-136.

¹⁶⁸ SAVIGNY, Friedrich Karl von. RUDORFF, Adolfus Fridericus (trad.). STAEDTLER, Henri (ed.). *Traité de la possession en droit romain*. 3ª ed. Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1893, p. 88-89. Disponível em: <<https://archive.org/details/traitdelapossess00savi>>, [07/11/2019].

¹⁶⁹ RODRIGUES, Silvío. *Direito civil: direito das coisas*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 108-118.

Se a posse consiste na exteriorização do domínio, o elemento do *animus* não se restringe à conduta do possuidor de proceder como dono. A configuração do *animus* também resulta da causa de aquisição da posse, a razão pela qual ela é exercida. Quando a causa de ingresso na posse revela a vontade de ter a coisa para si (*affectio tenendi*), é possível a usucapião¹⁷⁰.

A análise da causa torna-se especialmente relevante para as situações de posses com vício de precariedade. São situações em que a posse é inicialmente adquirida de forma lícita, com a obrigação de restituição. Portanto, a causa de ingresso na posse revela ausência de *affectio tenendi*.

O descumprimento do dever de restituição gera o vício da precariedade que, em razão da continuidade da posse, continua destituída de *affectio tenendi*. Como ninguém pode mudar por si mesmo a causa da posse (*nemo sibi ipse causam possessionis*), máxima adotada pelo art. 1.203 do Código Civil, a mera vontade do possuidor não é capaz de afastar o vício da precariedade e de revelar *affectio tenendi*¹⁷¹.

O dispositivo legal, porém, estabelece uma presunção relativa que pode ser afastada, desde que a posse manifeste uma outra causa. Assim, é possível a formação do *affectio tenendi*, exteriorizado por meio de condutas ostensivas que exteriorizem inequivocamente ao titular do domínio o não reconhecimento de sua condição, o que substitui a relação de confiança por outra causa possessória, ainda que seja injusta¹⁷².

Portanto, a definição do que seja “possuir como seu” (*affectio tenendi*) vai além da intenção de exercer a posse com exclusão de eventual titular do domínio. Também deve ser

¹⁷⁰ IHERING, Rudolf von. POSADA, Adolfo (trad). *La voluntad en La Posesión*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1896, p. 26, 289-292. Disponível em: <<https://archive.org/details/BRes040497>> [09/11/2019].

¹⁷¹ NEQUETE, Lenine. *Da prescrição aquisitiva (Usucapião)*. São Leopoldo: Sulina, 1954, p. 69-75.

¹⁷² “[...] se modificará desde ocorrente uma nova *causa possessionis*: alguém que tenha *animus domini* renunciará a esse ânimo quando reconhecer o direito ou domínio de outrem; também quem tenha a posse como locatário, mas adquirindo a propriedade, mesmo a non domino, até afastando o proprietário ou não pagando os alugueres, passará a ser tido como dono, desde que animado por esta vontade”. RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*, vol. 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 757 a 758.

“A intervenção pode resultar de relação contratual ou de ato unilateral do possuidor. [...] Pode a intervenção verificar-se independentemente de uma relação com a outra parte, operando-se por uma atitude ostensiva e inequívoca. Assim, se o depositário se recusa a restituir a coisa ao depositante e invoca outro título para possuir, como, por exemplo, quando alega que se tornou dono dela, o título da posse se modifica por ato unilateral. [...] Verifica-se, nessa hipótese, a intervenção do título não apenas por efeito da vontade, mas por efeito da exteriorização dela, através de atos concretos e materializados”. BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 271.

considerada a causa pela qual a posse é exercida, a partir de uma avaliação objetiva de atos capazes de manifestar a repelência da concorrência ou superioridade de direito de eventual proprietário¹⁷³.

2.4.1.2 Ausência de oposição

A posse *ad usucapionem* deve ser exercida sem manifestações contrárias de titulares do domínio do bem.

A usucapião depende da soma da ação ativa do adquirente, pelo exercício da posse, com uma ação omissiva de eventuais titulares de domínio, que aceitam o fato da posse sem qualquer contestação, à vista da coletividade.

Simple reclamações e discussões verbais não conformam oposição. É necessário que a oposição seja visível à coletividade. Portanto, é necessário que a oposição seja realizada em meio judicial. Nesse sentido, medidas extrajudiciais não são suficientes para configurar a oposição à posse *ad usucapionem*¹⁷⁴.

Quando a lei se refere à posse sem oposição, há nítida correspondência com as causas interruptivas da prescrição.

Como já exposto, tanto a usucapião quanto a prescrição são institutos relativos à força jurídica do tempo. O ordenamento jurídico brasileiro adota o sistema dualista de regência dos institutos, mas remanesce a disciplina comum relativa às causas interruptivas e suspensivas dos prazos, nos termos do art. 1.244 do Código Civil¹⁷⁵.

¹⁷³ “O fato de ser possuidor direto na condição de promitente-comprador de imóvel, a princípio, não impede que este adquira a propriedade do bem por usucapião, uma vez que é possível a transformação do caráter originário daquela posse, de não própria, para própria” REsp 220.200/SP, Rel. Ministra Nancy Andrigui, Terceira Turma, julgado em 16/09/2003, DJ 20/10/2003.

“E, segundo o ensinamento da melhor doutrina, “nada impede que o caráter originário da posse se modifique”, motivo pelo qual o fato de ter havido no início da posse da autora um vínculo locatício, não é embaraço ao reconhecimento de que, a partir de um determinado momento, essa mesma mudou de natureza e assumiu a feição de posse em nome próprio, sem subordinação ao antigo dono e, por isso mesmo, com força *ad usucapionem*” REsp 154.733/DF, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 05/12/2000, DJ 19/03/2001.

¹⁷⁴ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Usucapião*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992, p. 87.

NUNES, Pedro. *Do usucapião*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A, 1956, p. 28.

¹⁷⁵ SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e Decadência: Início dos Prazos*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 162-163.

As causas interruptivas da prescrição estão enumeradas nos incisos III a V do art. 202 do Código Civil. As causas interruptivas dos incisos III a V se destinam aos prazos prescricionais para obrigações em títulos de crédito, não aplicáveis à usucapião. A causa do inciso VI, por sua vez, se refere a ato do próprio devedor, o que não se adequaria ao conceito de oposição que é ato do titular do domínio, ou seja, de eventual credor da obrigação de restituir. Restam, portanto, os incisos I e V, ambos relativos a medidas judiciais.

O exemplo clássico de oposição é a citação do possuidor da coisa, em ação de reintegração de posse, ato processual que possui com efeitos retroativos à data de propositura da ação (art. 240, §1º, CPC)¹⁷⁶.

Os atos de oposição praticados por terceiros não beneficiam os titulares de domínio. Para interromper o prazo aquisitivo, os atos de oposição devem: ser eficazes; partir dos legítimos interessados; ser efetivados por vias legais e antes do decurso do prazo de aquisição¹⁷⁷.

Assim, não é qualquer ação de resistência do proprietário que é apta a configurar a interrupção da prescrição aquisitiva. Mesmo as oposições veiculadas em meio judicial devem ser sérias e procedentes. Portanto, a ação julgada improcedente ou ajuizada contra terceiros que não sejam os possuidores não são meios adequados para veicular a oposição¹⁷⁸.

2.4.1.3 Ausência de interrupção

O terceiro aspecto da posse *ad usucapionem* é a sua continuidade, ou seja, a ausência de interrupções. O exercício da posse não pode ser intervalado durante o decurso do prazo

¹⁷⁶ REsp 941.464/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 29/06/2012.

¹⁷⁷ O ministro Ari Pargender considerou que a lei federal foi corretamente aplicada em acórdão do TJPR que considerou que: (a) a oposição somente é válida quando feita por quem tenha legítimo interesse sobre a coisa; (b) ação possessória improcedente não configura tentativa de turbação, ao invés de oposição; (c) a citação somente interrompe a prescrição quando a demanda é julgada procedente (REsp nº 10.385-PR, Terceira Turma, Rel. Min. Ari Pargender, julgado em 11/05/1999, DJ 10/06/1999).

“A posse mansa e pacífica não se interrompe quando o possuidor direto propõe medidas judiciais contra o suposto turbador, especialmente se tais medidas de proteção são declaradas procedentes” (Ementa do AR 3449-GO, Segunda Seção, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 13/02/2008, DJe 06/03/2008).

¹⁷⁸ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Usucapião*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992, p. 87.

REsp 149.186/RS, rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 4/11/2003, DJ 19/12/2003 e REsp 941.464/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 29/06/2012.

contabilizável para usucapião. A ocorrência da interrupção provoca o reinício da contagem do prazo aquisitivo.

A posse é interrompida por qualquer causa que cesse o exercício de poder inerente à propriedade sobre a coisa, nos termos do art. 1.223 do Código Civil. Em caso de esbulho, para evitar a interrupção da posse, o usucapiente deve tentar recuperá-la imediatamente pelo exercício da autotutela da posse, se ainda for possível, ou ingressar com ação judicial de reintegração de posse (art. 1.210, §1º do Código Civil).

A interrupção da posse *ad usucapionem* também pode ocorrer por ato do próprio usucapiente, por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento da superioridade do direito do titular do domínio (art. 202, VI do Código Civil).

Nesse caso, além de a causa interruptiva descaracterizar a posse *ad usucapionem*, também fica afastado o *affectio tenendi*. Portanto, o reinício do prazo de aquisição dependerá de novos atos inequívocos de repulsa ao direito do titular do domínio, para que novo *affectio tenendi* seja exteriorizado.

A transmissão da posse não descaracteriza a sua continuidade. A lei viabiliza a junção das posses, por meio dos institutos da *successio possessionis* e da *accessio possessionis*, nos termos do art. 1.243 do Código Civil.

A sucessão na posse (*successio possessionis*) ocorre nas transmissões a título universal, em que a transferência da posse ocorre por força de lei. A posse exercida pelo antecessor e pelo sucessor são reputadas como única, razão pela qual o período anterior não pode ser descartado pelo sucessor (art. 1207 do Código Civil).

Na *successio possessionis*, a posse é transmitida de pleno direito, com os mesmos caracteres, inclusive os vícios de ordem subjetiva. Portanto, se o antecessor exercia posse sem boa-fé, não será viável ao sucessor obter a usucapião ordinária (arts. 1.206 e 1.207 do Código Civil).

Em geral, a sucessão universal acontece a título *causa mortis* e a singular, a título *inter vivos*. Contudo, existem hipóteses de transmissões universais por ato *inter vivos*, como o casamento no regime da comunhão universal de bens e as operações societárias. Também

ocorre *sucessio possessionis* nessas hipóteses, porque a posse tem como causa o título primitivo do antecessor e não o ato ou negócio em que o sucessor interveio pessoalmente¹⁷⁹.

É possível, ainda, a combinação de transmissão singular a título *causa mortis*, como os legados. Mas se aplica, nesse caso, a *sucessio possessionis* aos legados, porque o legatário também adquire direitos pelo modo de aquisição da herança (art. 1.206 do Código Civil).

A herança, incluindo os direitos possessórios, é imediatamente transferida por ocasião do óbito. Aos herdeiros, é transferida, de pleno direito, a posse dos bens legados, com as mesmas características da posse anterior, acompanhada da obrigação de transmissão da posse aos legatários¹⁸⁰.

Como o ingresso na posse pelos legatários tem como causa a herança, não a transmissão efetivada pelos herdeiros, a continuidade da posse ocorre de pleno direito, o que constitui uma hipótese de *sucessio possessionis*¹⁸¹.

Na *accessio possessionis*, presente nas aquisições a título singular, o adquirente recebe nova posse, com a faculdade de juntar o tempo de posse de seu antecessor (art. 1.207, CC).

Mas a faculdade conferida ao sucessor singular de somar ou não o tempo de posse não significa que, ao optar por nova contagem, estará livre dos vícios de ordem objetiva (precariedade, violência ou clandestinidade) que maculavam a posse anterior, porque as posses mantêm o caráter com que foram adquiridas, salvo prova em contrário (art. 1.203 do Código Civil).

Esse raciocínio harmoniza-se com a máxima de que ninguém está autorizado a alterar, somente por sua vontade, a causa de sua posse, como ocorreria se, pela escolha por não exercer a faculdade de união de posses, o possuidor fosse capaz de convalescer a posse injusta em justa.

Portanto, se a posse antecedente contiver o vício da precariedade, destituída de *affectio tenendi*, não será possível a usucapião enquanto o sucessor não exteriorizar, por atos

¹⁷⁹ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Arts. 1096 a 1510-A, Livro III – Direito das Coisas in Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. CEZAR, Peluzo (coord.). Barueri: Manole, 2017, p. 1097.

NUNES, Pedro. *Do usucapião*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A, 1956, p. 30-31.

¹⁸⁰ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Arts. 1096 a 1510-A, Livro III – Direito das Coisas in Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. CEZAR, Peluzo (coord.). Barueri: Manole, 2017, p. 1097.

¹⁸¹ NUNES, Pedro. *Do usucapião*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A, 1956, p. 29.

inequívocos, uma nova causa do exercício da posse, capaz de negar a superioridade do direito do titular do domínio.

Se a posse anterior for injusta, porque iniciada a partir da cessação de atos de violência ou de clandestinidade, ainda será possível a usucapião. Entretanto, não será possível a utilização da posse anterior, exercida por quem efetivou tais atos, no cômputo do prazo para usucapião ordinária, por ausência de boa-fé do anterior possuidor.

Por serem conformadas para prestigiar a *posse-trabalho*, as modalidades de usucapião constitucional rural e urbana não comportam *accessio possessionis*, o que seria incompatível com a personalidade do exercício da posse-trabalho ou da posse-moradia¹⁸².

Entretanto, é possível a *sucessio possessionis* quando o herdeiro legítimo continua a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão, pois há um sentido de continuidade na concretização das funções de moradia e de economia familiar¹⁸³.

Ressalva-se ainda que a composses formada entre o falecido e outras pessoas que não sejam seus parentes, exercida de modo a formar uma unidade econômica, com relações de codependência entre os possuidores, fundamenta a utilização do tempo anterior ao falecimento, para as modalidades de usucapião constitucionais¹⁸⁴.

2.4.2 Tempo (*tempus*)

¹⁸² NEQUETE, Lenine. *Usucapião especial: Lei nº 6.969, de 10.12.1981*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 5. NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Usucapião*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992, p. 140-142.

¹⁸³ Art. 9º, §3º do Estatuto da Cidade. 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.

NEQUETE, Lenine. *Usucapião especial: Lei nº 6.969, de 10.12.1981*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 5. NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Usucapião*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992, p. 140-142.

¹⁸⁴ “Há, porém, uma conotação especial a ser ressaltada. O usucapião especial, que se poderia classificar de agrário, sofre efeitos da realidade fático-social que envolve nosso meio rural. No que interessa ao que examinamos, a ocorrência da hipótese de posse-trabalho através de economia familiar deve ser enfrentada. [...] No cultivo em conjunto com sua família, exige-se de todos os membros a moradia no imóvel e a mútua dependência. Mas seu conceito não é simplesmente consanguíneo e legal. Também é fático. [...] não é de se esquecer que alguns sem relação de parentesco e outros por não incluídos como sucessores não adquirem a posse por sucessão; porém, já a têm como compossuidores que são e também adquirem por usucapião”. NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Usucapião*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992, p. 140-142.

Como já exposto, tanto a usucapião quanto a prescrição são institutos que revelam a força do tempo no Direito. As especificidades de cada categoria justificam o seu tratamento autônomo, segundo o sistema dualista, mas remanesce em nosso ordenamento o compartilhamento das regras que interrompem e que suspendem o decurso dos prazos.

Na usucapião, as regras de interrupção estão relacionadas ao pressuposto da *possessio* em seu aspecto de continuidade. Ocorrida uma causa interruptiva, a posse deixa de ser contínua, e a usucapião dependerá da recontagem inicial de novo período de aquisição.

As causas suspensivas da usucapião estão indicadas nos arts. 197 a 198 do Código Civil. As causas do art. 197 cuidam de situações em que é presumido o dever de proteção entre os partícipes, o que torna incompatível a usucapião, cujo efeito será de aquisição de direito por um, contra outro. O art. 198 trata de hipóteses em que o titular do domínio encontra-se sob circunstâncias que dificultam a defesa de seus interesses, o que justifica especial tutela legal¹⁸⁵. O tempo de posse não será computado enquanto perdurarem tais causas. Quando cessadas, é retomada a contagem do prazo, do ponto em que suspenso.

A respeito dos prazos para usucapião, é importante ressaltar as regras de direito intertemporal das disposições finais do Código Civil de 2002. O artigo 2.028 apresenta regra geral sobre prazos, aplicáveis à usucapião, e o art. 2.029 constitui regra especial aplicável às modalidades ordinária e extraordinária, com redução de prazo por exercício de posse trabalho.

São aplicados os prazos de lei anterior quando houver redução pelo Código Civil de 2002, e se, na data de sua entrada em vigor, já se houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

Vê-se que a regra busca, com racionalidade, conferir segurança jurídica às situações que não configuram direito adquirido. Enquanto não houver decurso do prazo, a usucapião é um fato jurídico pendente. A aquisição somente ocorre com o vencimento da última parcela do prazo.

Para evitar surpreender aqueles que serão prejudicados pela redução de prazo, sem agravar desproporcionalmente a posição jurídica dos beneficiados, a regra incorpora a lógica pela qual o prazo reduzido pela lei nova deve ser contabilizado a partir da vigência da

¹⁸⁵ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*, vol. 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 397.

segunda, desde que ele se encerre em momento anterior ao estabelecido pelo prazo maior da lei revogada¹⁸⁶. Se isso não for possível, aplica-se o prazo maior da lei revogada, incluindo o período transcorrido na sua vigência¹⁸⁷.

Ainda nessa lógica, para que não tenha efeitos retroativos, a lei nova não poderá provocar a consumação do prazo em instante anterior ao início de sua vigência¹⁸⁸.

O artigo 2.029 do Código Civil de 2002 define que, até dois anos após a entrada em vigor do código, os prazos reduzidos em razão da função social da posse, nas modalidades extraordinária e ordinária de usucapião, serão acrescidos de dois anos, qualquer que seja o tempo transcorrido na vigência do anterior.

É possível o reconhecimento da usucapião quando o prazo exigido se exaurir no curso da ação, de acordo com a regra de julgamento da causa conforme o estado atual das coisas (art. 493 do Código de Processo Civil). A regra evita uma decisão de improcedência quando o direito resultante da causa do pedido foi reforçado por fatos supervenientes¹⁸⁹.

Entretanto, se antes da complementação do prazo, houver contestação e oposição à posse, mesmo que eventualmente veiculadas pelo mesmo processo judicial, não haverá aquisição por usucapião capaz de viabilizar a procedência da ação.

O princípio da função social da posse encontra-se implícito na disciplina da usucapião ordinária e extraordinária que valoriza a posse-trabalho com a redução dos prazos para aquisição, em situações em que são dadas utilidades ao imóvel usucapido, em que o exercício da posse atende a uma função social.

¹⁸⁶ ROSENVALD, Nelson. *Livro Complementar das Disposições Finais e Transitórias in Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. CEZAR, Peluzo (coord.). Barueri: Manole, 2017, p. 2276 e 2277.

¹⁸⁷ “A defeituosa redação do art. 2.028 merece interpretação criativa, seguindo as seguintes regras: no caso de prazo ampliado, aplica-se a lei nova, computando o prazo já decorrido na vigência da lei antiga; no caso de prazo reduzido, já consumado em mais da metade na vigência da antiga lei, aplica-se o antigo CC; no caso de prazo reduzido com porção igual ou inferior à metade consumado na antiga lei, aplica-se por inteiro o prazo da lei nova a partir de sua vigência”. LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Arts. 1096 a 1510-A, Livro III – Direito das Coisas in Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. CEZAR, Peluzo (coord.). Barueri: Manole, 2017, p. 1151.

¹⁸⁸ ROSENVALD, Nelson. op.cit., pag. 2276 e 2277.

¹⁸⁹ “Além de solução evidentemente legal e científica, tem conteúdo de altamente prática. Por que se exigir, desnecessariamente, nova ação, se todos os elementos, da constituição do direito já estão presentes e não mais haverá extinção?”. NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Usucapião*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992, p. 94.

AgRg no REsp 1163175/PA, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19/03/2013, DJe 11/04/2013.

A valorização da *posse-trabalho* na usucapião concretiza, no plano legislativo, o objetivo fundamental de erradicação da pobreza (art. 3º, III, CF) e o direito social de moradia (art. 6º, CF)¹⁹⁰.

O elemento da moradia habitual (uso para fins de residência) não é inédito, na valorização da posse. O art. 6º, Lei nº 601 de 1850 já estabelecia que na revalidação de sesmarias ou na legitimação de posse, não é considerada como princípio de cultura “*os simples roçados, derribadas ou queimas de mattos ou campos, levantamentos de ranchos e outros actos de semelhante natureza, não sendo acompanhados da cultura efectiva e morada habitual exigidas no art. antecedente*”.

2.4.3 Coisa hábil (*res habilis*)

Coisa hábil (*res habilis*) é o terceiro pressuposto da usucapião, exigido para todas as suas modalidades. A avaliação do desenvolvimento histórico da usucapião demonstra a gradativa redução da importância deste pressuposto. Muitas causas impeditivas da usucapião foram afastadas, como as *res furtiva* e a *res vi possessae*. Outras passaram a repercutir por outros pressupostos, como as coisas pertencentes a incapazes, situação que atualmente interage com o pressuposto do tempo como causa suspensiva do prazo aquisitivo¹⁹¹.

Os debates sobre a possibilidade de usucapião de imóveis desconformes com regras de parcelamento do solo, notadamente as regras de módulo mínimo, encontram-se centrados, justamente, na repercussão sobre o requisito da *res habilis*.

Os argumentos pela impossibilidade da usucapião extraem das regras de parcelamento do solo a interpretação por meio da qual imóveis inferiores ao módulo não são aptos à circulação jurídica, conseqüentemente, não são *res habilis* para usucapião.

Também é sustentado que as regras a respeito das dimensões mínimas dos imóveis são exigências de sua função social. Portanto, não seria lógico o Direito reconhecer a aquisição de uma propriedade incapaz de atender sua função social.

¹⁹⁰ TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, vol. 4, p. 37.

¹⁹¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 2ª ed. Tomo XI. Campinas: Bookseller, 2001, p. 154.

Essa questão será mais detalhadamente enfrentada no capítulo seguinte, mas, para o objetivo de apresentar um panorama geral do instituto da usucapião, importa observar que remanescem, basicamente, duas limitações às *res habili*: uma de ordem lógica, porque somente as coisas suscetíveis de posse e de aquisição dominial privada podem ser objeto de usucapião; e outra de ordem constitucional, consistente na proibição da usucapião sobre bens públicos (arts. 183, § 3º e 191, parágrafo único da Constituição Federal de 1988).

2.4.3.1 *Aptidão para a posse e aquisição. Bens condominiais*

Para que algo possa ser objeto de usucapião, é necessário que ele possa ser objeto de posse. Segundo o sistema adotado pelo ordenamento brasileiro, o suporte fático da posse e da usucapião deve ser uma coisa corpórea. Atualmente, prevalece a ideia de que a posse se restringe às coisas, como expressa a Súmula nº 228 do Superior Tribunal de Justiça: “*É inadmissível o interdito proibitório para a proteção de direito autoral*”¹⁹².

Não é admitida a posse e usucapião de direitos pessoais e de bens incorpóreos. Mas é possível efetivar a proteção possessória de bens semi-incorpóreos, como linhas telefônicas, mesmo no sistema atual de posse restrita aos bens corpóreos – porque essa tutela não é exercida contra as concessionárias de serviços, apenas contra atos de terceiros que turbam a utilização das linhas. Nesse sentido, a Súmula nº 193 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que: “*O direito de uso da linha telefônica pode ser adquirido por usucapião*”¹⁹³.

Um segundo aspecto de ordem lógica consiste na habilidade de circulação jurídica do objeto da usucapião. A coisa deve ser suscetível de apropriação privada. Portanto, coisas

¹⁹² No Direito Romano, o objeto da posse se restringia à coisa (*res*). Mais tarde, o Direito Canônico desenvolveu um sistema possessório sobre direitos, ampliando o objeto da posse. No período intermédio, eram frequentes os conflitos com relação aos cargos e poderes eclesiais. Como o exercício do poder episcopal dependia da posse da igreja e seus bens, a utilização dos interditos possessórios era o meio mais eficaz de combater perturbações aos cargos eclesiais. Ao final do século XIX, os estudos sobre o Direito Romano permitiu uma reação contra esta concepção, para novamente restringir o objeto da posse às coisas. ALVES, José Carlos Moreira. *Posse*. vol. 1. Forense: Rio de Janeiro, 1997, p. 109-121.

¹⁹³ Em posição contrária, defendendo a possibilidade da usucapião de bens imateriais, Fabio Henrique Di Lallo Dias argumenta que o conceito de coisa no Código Civil de 2002 se refere a bens materiais e imateriais. A posse de bens incorpóreos pode ser percebida pelo seu uso econômico, pelos atos exteriorizáveis de proprietário, o que dispensa a palpabilidade do bem. DIAS, Fabio Henrique Di Lallo. *Usucapião da propriedade imaterial*. Dissertação apresentada para obtenção do Título de Mestre, pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

naturalmente insuscetíveis de apropriação, como o ar atmosférico e o oceano, não são *res habilis* para usucapião.

Outros bens são insuscetíveis de circulação jurídica por disposição legal, como os direitos da personalidade. Como não é juridicamente possível a sua aquisição contra o titular, por decorrência lógica, não é possível a usucapião de bens físicos da personalidade, como partes do corpo humano (art. 11 do Código Civil de 2002).

A inalienabilidade resultante da vontade jurídica, como a presente no bem de família e na cláusula de inalienabilidade em ato de disposição gratuita, não inviabiliza a usucapião. A coisa em si continua com aptidão para a circulação jurídica. O ato que restringe a disponibilidade do bem não lhe retira o aspecto da circularidade jurídica. Na verdade, o ato restringe o poder de disponibilidade (*ius disponendi*) pelo proprietário do bem, o que não é relevante para a ocorrência da usucapião que é modo de aquisição originário de aquisição de direitos reais¹⁹⁴.

As discussões sobre a usucapião de bens inalienáveis, por ato voluntário, consideram a possibilidade de utilização da usucapião como meio de burlar a restrição. Como o sistema jurídico rechaça a fraude a lei, não ocorre a usucapião, nas hipóteses de conluio entre o possuidor e o proprietário¹⁹⁵.

O principal exemplo de coisas destituídas da condição de *res habilis* pela impossibilidade de aquisição privada, por disposição legal, são as áreas comuns de condomínios edilícios. Elas são indissociáveis das áreas comuns e das unidades autônomas, do que resulta sua impossibilidade de circulação jurídica – o que, por decorrência lógica, inviabiliza a usucapião (art. 1331, §2º do Código Civil)¹⁹⁶.

¹⁹⁴ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Arts. 1096 a 1510-A, Livro III – Direito das Coisas in Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. CEZAR, Peluzo (coord.). Barueri: Manole, 2017, p. 1049.

¹⁹⁵ “Não o perde, porém, deixando que outrem o adquira pelo usucapião, conquanto não ocorra na hipótese, alienação. Do contrário, a proibição poderia ser frustrada mediante conluio entre o proprietário e o possuidor. Prevalece, de resto, o princípio de que o usucapião não é aplicado aos bens inalienáveis”. GOMES, Orlando. *Sucessões*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 174.

“Não se confundem inalienabilidade e a imprescritibilidade, salvo demonstração de fraude à lei, ou seja, de a usucapião ser modo oblíquo de contornar a cláusula restritiva de alienação, na hipótese de usucapião ordinária”. LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Arts. 1096 a 1510-A, Livro III – Direito das Coisas in Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. CEZAR, Peluzo (coord.). Barueri: Manole, 2017, p. 1149.

¹⁹⁶ As vagas de garagem dotadas de matrículas própria possuem existência jurídica autônoma. Portanto, são *res habilis* para usucapião. STJ, REsp 37.928/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 31/05/1994, DJ 15/08/1994.

Entretanto, quem utiliza com exclusividade uma área comum de condomínio pode ter a continuidade dessa situação protegida, por meio do instituto da *supressio*, conceito parcelar decorrente da boa-fé.

O tempo de uso exclusivo, sem a oposição dos demais condôminos, pode formar legítima confiança de continuidade da situação. E a ausência de oposição permite presumir que a área comum ocupada não é mais necessária para a convivência condominial. Portanto, se inexistem circunstâncias que justifiquem a alteração da situação, a proteção da boa-fé permite reconhecer a ocorrência da *supressio* do direito de pleitear a reintegração da posse da área comum ocupada¹⁹⁷.

Diferente dos bens sob regime condominial edilício, os bens em condomínio comum são considerados *res habilis*. É possível que a usucapião beneficie um dos condôminos, contra os demais, se houver exercício de posse exclusiva sobre a totalidade da coisa, por meio de atos inequívocos que excluam os demais condôminos, capaz de configurar a *affectio tenendi* necessária para uma posse *ad usucapionem*¹⁹⁸.

É possível a ocorrência de usucapião em condomínio *pro diviso*, onde os condôminos exercem seus respectivos poderes dominiais em frações reais localizadas¹⁹⁹.

Essa hipótese é particularmente relevante para o objeto do presente trabalho porque pode viabilizar a fraude às leis do parcelamento do solo. Os interessados podem optar por substituir a formalização adequada de um desmembramento ou loteamento por instrumentos de aquisição de frações ideais de imóveis. Simultaneamente, podem negociar a localização das frações reais, organizando um condomínio *pro diviso*, com a pretensão de obter, futuramente, o reconhecimento da aquisição individualizada de um imóvel para cada condômino, pela usucapião.

Todavia tal pretensão pode não se revestir de interesse de agir suficiente para autorizar uma declaração judicial do domínio, segundo o acórdão para julgamento do

¹⁹⁷ STJ, REsp 214.680/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 10/08/1999, DJ 16/11/1999.

¹⁹⁸ STF, RE 79834, Rel. Min. Moreira Alves, Segunda Turma, julgado em 31/10/1975, DJ 26-12-1975). STJ, REsp 10.978/RJ, Rel. Ministro Nilson Naves, Terceira Turma, julgado em 25/05/1993, DJ 09/08/1993, p. 15228; e STJ, gRg no Ag 731.971/MS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 23/09/2008, DJe 20/10/2008.

¹⁹⁹ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Arts. 1096 a 1510-A, Livro III – Direito das Coisas in Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. CEZAR, Peluzo (coord.). Barueri: Manole, 2017, p. 1149.

Recurso Especial nº 1431244/SP, resultante da pesquisa jurisprudencial efetivada, a ser detalhadamente apresentada no capítulo seguinte.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar um caso envolvendo parcelamento irregular do solo urbano, efetivado por meio da organização de um condomínio *pro diviso*, entendeu que os condôminos já eram proprietários por força dos registros de aquisição de frações ideais, inexistindo, entre eles, incertezas e litígios sobre os limites das frações reais ocupadas por cada um.

Identificando que o único proveito resultante do ajuizamento da ação seria a individualização das parcelas ideais em imóveis com matrículas próprias no Registro Imobiliário, a turma julgou que os requerentes não tinham interesse de agir, porque a pretensão de usucapir não se presta a esse objetivo²⁰⁰.

Como efeito da decisão, os interessados terão que buscar a individualização do imóvel, regularizando o parcelamento perante as autoridades municipais e o ofício de registro de imóveis. E, nessa via, não apenas a individualização do imóvel seria resolvida, mas todas as outras questões atinentes à função social do bem, como as adequações de infraestrutura necessárias para garantir o pleno desenvolvimento da área e da qualidade de vida dos seus moradores.

2.4.3.2 *Bens públicos*

Os bens públicos de qualquer natureza, de uso comum, de uso especial ou dominicais, são inabilitados para a usucapião por expressa disposição constitucional (artigos 183, § 3º e 191, parágrafo único da Constituição Federal, com regra reproduzida no art. 102 do Código Civil).

Como já foi discorrido no item relativo ao desenvolvimento histórico da usucapião, a partir da chegada dos portugueses ao Brasil, o domínio privado das terras foi gradualmente transferido da Coroa aos colonizadores pelo sistema de sesmarias e pelas simples ocupações.

²⁰⁰ “Para tanto, todavia, não se presta a pretensão de usucapir, haja vista que o óbice para a obtenção do registro individualizado da parcela ideal do imóvel em questão não é a falta de título de domínio, que já existe, nem o fracionamento de fato e a existência de multiplicidade de registros lançados em cartório, mas sim a circunstância, citada no acórdão recorrido, de que se trata de loteamento irregular” (STJ, REsp 1431244/SP, Rel. Ministra Nancy Andrgui, Terceira Turma, julgado em 06/12/2016, DJe 15/12/2016).

As áreas revertidas pelo não uso das concessões e as áreas remanescentes, não concedidas ou ocupadas, constituem as chamadas terras devolutas.

A Lei de Terras (Lei nº 601 de 1850) disciplinou a situação fundiária do país e introduziu disposições que impediam a usucapião, reputando como delinquentes aqueles que se apossassem de terras públicas (art. 2º).

Sob a vigência do Código Civil de 1916, os bens públicos continuaram reputados como inábeis para usucapião. O art. 67 do Código determinava que os bens públicos somente deixavam de ser inalienáveis nos casos e formas que a lei prescrevesse. Desse dispositivo, era extraída a regra de incapacidade de circulação jurídica dos bens públicos. Tal interpretação foi reforçada pelo art. 12, § 1º do Decreto-lei nº 710 de 1938 que determina ser impossível a usucapião de bens públicos de qualquer natureza, exceto na modalidade constitucional agrária.

Mais tarde, a Súmula nº 340 do STF consolidou a jurisprudência segundo a qual *“desde a vigência do Código Civil [de 1916], os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”*²⁰¹.

No Direito anterior à Constituição Federal de 1988, a viabilidade de usucapião de bens públicos se restringia à usucapião constitucional agrária de terras devolutas, disciplinada pela lei nº 6.969/81²⁰².

Os arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único, da atual Constituição Federal de 1988, encerraram a possibilidade de usucapião de bens públicos.

Para a usucapião de bens de entes integrantes da Administração Pública Indireta, é necessário verificar qual regime jurídico lhes é aplicável. Os bens de autarquias e fundações

²⁰¹ Os acórdãos apontados pelo *site* do Supremo Tribunal Federal como precedentes para elaboração da Súmula nº 340, são os Recursos Extraordinários nº RE 51.265-MG, 4369-SP e 7387. Todos utilizam como fundamento, o artigo 67 do Código Civil de 1916. O dispositivo era interpretado de maneira que não seria possível a aquisição de bens públicos de modo além dos meios legais para a sua alienação. As ocupações de bens públicos seriam apenas detenções, sem força para gerar aquisição originária. *“Mas a imprescritibilidade afirmada não se liga necessariamente à incomercialidade, senão à natureza desses bens e à impossibilidade, desenganadamente proclamada, de sua saída do patrimônio público fora dos casos admitidos em lei. E o usucapião não se encontra entre esses casos”*. Trecho de voto do Min. Orosimbo Nonato no RE 4369-SP, rel. Min. José Linhares, julgado em 21/09/1963.

²⁰² Art. 2º, Lei 6.969/81: *“A usucapião especial, a que se refere esta Lei, abrange as terras particulares e as terras devolutas, em geral, sem prejuízo de outros direitos conferidos ao possessor, pelo Estatuto da Terra ou pelas leis que dispõem sobre processo discriminatório de terras devolutas”*.

não são *res habilis* para usucapião, porque esses entes são regidos por regras de Direito Público.

Em geral, as sociedades de economia mista e empresas públicas submetem-se a regime de Direito Privado, razão pela qual seus bens podem ser *res habilis* para usucapião, segundo o critério formal adotado pelo art. 98 do Código Civil.

Todavia também é necessário avaliar a destinação atribuída ao bem. Os bens afetados a um interesse público, como a prestação de um serviço público, atraem a incidência de regras de Direito Público, como a regra da imprescritibilidade dos bens públicos. Portanto, os bens de uma sociedade de economia mista ou de uma empresa pública prestadora de serviço público não serão *res habilis* para a usucapião, se estiverem destinados à realização do serviço²⁰³.

O critério de destinação do bem permite a elaboração de argumento a favor da possibilidade da usucapião de bens públicos, nas hipóteses em que estes não estejam afetados a um interesse público. Dessa maneira, apenas os bens que forem dotados de função pública são considerados materialmente bens públicos, e não podem ser usucapidos²⁰⁴.

Argumentos como esses convergem com a percepção de que os bens públicos também estão sujeitos às exigências relacionadas à função social da propriedade. A diversidade de regimes jurídicos entre bens públicos de uso comum, uso especial e dominical

²⁰³ “A noção de bem público [...] só interessa se for correlata a um dado regime jurídico. Assim, todos os bens que estiverem sujeitos ao mesmo regime público deverão ser havidos como bens públicos. Ora, bens particulares, quando afetados a uma atividade pública (enquanto o estiverem) ficam submissos ao mesmo regime jurídico dos bens de propriedade pública. Logo, têm que estar incluídos no conceito de bem público” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 898). “DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE USUCAPIÃO. IMÓVEL DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL VINCULADO AO SFH. IMPRESCRITIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. [...] 2. Cinge-se a controvérsia a decidir sobre a possibilidade de aquisição por usucapião de imóvel vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação e de titularidade da Caixa Econômica Federal. [...] 4. Não obstante se trate de empresa pública, com personalidade jurídica de direito privado, a Caixa Econômica Federal, ao atuar como agente financeiro dos programas oficiais de habitação e órgão de execução da política habitacional, explora serviço público, de relevante função social, regulamentado por normas especiais previstas na Lei 4.380/64. 5. O imóvel da Caixa Econômica Federal vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação, porque afetado à prestação de serviço público, deve ser tratado como bem público, sendo, pois, imprescritível. [...]” (REsp 1448026/PE, Rel. Ministra Nancy Andrigui, Terceira Turma, julgado em 17/11/2016, DJe 21/11/2016). “Esta eg. Terceira Turma já consolidou o entendimento de que o imóvel da Caixa Econômica Federal vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação, porque afetado à prestação de serviço público, deve ser tratado como bem público, sendo, pois, imprescritível” (AgRg no REsp 1487677/AL, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 27/04/2017, DJe 22/05/2017).

²⁰⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: direitos reais*. 14ª ed. Salvador: JusPodivum, 2018, p. 414-416.

também envolve modos distintos de concretização, princípio da função social da propriedade²⁰⁵.

Os bens de uso especial e de uso comum do povo são destinados a efetivar direitos fundamentais, por isso não são *res habilis* para usucapião. Mas os bens dominicais não possuem afetação a interesse público capaz de justificar a inabilidade para usucapião. Eles integram o domínio privado do Estado, atraindo para si, exigências relativas à função social, de modo semelhante ao que ocorre aos bens particulares²⁰⁶.

Esse raciocínio justifica a solução de permanência das pessoas em áreas públicas ocupadas. Mesmo não sendo possível a usucapião, o Estado tem o dever de utilizar outros instrumentos jurídicos disponíveis, como a concessão de uso especial para fins de moradia (art. 1º da Medida Provisória nº 2.220 de 2001) e a concessão de direito real de uso (art. 1.225, XII do Código Civil), bem como a transmissão da plena propriedade, após a legitimação de posse, por venda ou doação²⁰⁷.

Também merece tratamento diferenciado, para impedir a usucapião, a situação em que bens públicos são transferidos do ente político para entes não integrantes da Administração Indireta, concessionários de serviço público, para que estes possam exercer o serviço concedido. Portanto, a origem e a destinação pública dos bens atraem regras de direito público, fundamentando sua inabilidade para usucapião²⁰⁸.

²⁰⁵ “Acreditamos que a função social da propriedade é princípio constitucional que incide sobre toda e qualquer relação jurídica de domínio, pública ou privada, não obstante reconhecamos ter havido um desenvolvimento maior dos efeitos do princípio da função social no âmbito do instituto da propriedade privada, justamente em razão do fato de o domínio público, desde a sua existência, e, agora, com maior intensidade, estar, de um modo ou de outro, voltado sempre ao cumprimento de fins sociais, pois, como visto, marcado pelo fim de permitir à coletividade o gozo de certas utilidades”. ROCHA, Silvio Luis Ferreira. *Função social da propriedade pública*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 127-132.

²⁰⁶ ROCHA, Silvio Luis Ferreira. *Função social da propriedade pública*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 127-132.

²⁰⁷ AMADEI, Vicente de Abreu. *Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia*. Em NALINI, José Renato e LEVY, Wilson (coord.). *Regularização Fundiária*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 205 a 230.

²⁰⁸ “Quanto aos bens das empresas paraestatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), entendemos que são, também, bens públicos com destinação especial e administração particular das instituições a que foram transferidos para consecução dos fins estatutários. A origem e a natureza total ou predominante desses bens continuam públicas; sua destinação é de interesse público; apenas sua administração é confiada a uma entidade de personalidade privada, que os utilizará na forma da lei instituidora e do estatuto regedor da instituição” (REsp 242.073-SC, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª turma, julgado em 05/03/2009, DJE 11/05/2009).

Nos imóveis públicos sob regime foreiro, é possível o particular usucapir a enfiteuse contra outro particular, uma vez que pessoa jurídica de direito público continuará na condição de nua-proprietária do imóvel²⁰⁹.

Com relação aos terrenos de marinha, um precedente do Superior Tribunal de Justiça vai além, ao julgar não ser razoável que o usucapiente tenha que aguardar a demarcação do imóvel, resguardados os interesses da União se, depois, for aferida a titularidade pública do bem usucapido²¹⁰.

Os bens que integram a herança jacente mantêm habilidade para a usucapião. Somente na ausência de herdeiros, esses bens são devolvidos ao Município ou ao Distrito Federal da circunscrição em que localizados, ou à União, quando localizados em territórios (art. 1.844 do Código Civil)²¹¹.

Mas os entes federativos não estão listados na ordem de vocação hereditária (art. 1.829 do Código Civil). Como não ostentam a condição de herdeiros nessas aquisições, não é aplicável o direito de *saisine*, razão pela qual os bens integrantes de herança jacente são *res habilis* até a sentença de vacância²¹².

²⁰⁹ Enfiteuse. Bem dominical de Prefeitura Municipal. Usucapião de domínio útil. - Em se tratando de bem público, o usucapião não é admissível para a constituição de enfiteuse que vai transformar o imóvel em foreiro. O mesmo não sucede, porém, quando - e este é o caso dos autos - o imóvel já era foreiro, e a constituição de enfiteuse em favor do usucapiente se faz contra o particular até então enfiteuta, e não contra a pessoa jurídica de direito público que continua na mesma situação em que se achava, ou seja, na de nua-proprietária. Recurso extraordinário não conhecido (RE 82106, Relator(a): Min. THOMPSON FLORES, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/1977, DJ 07-10-1977 PP-06916 EMENT VOL-01073-02 PP-00768). No mesmo sentido, RE 218324 AgR, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 20/04/2010.

²¹⁰ STJ, REsp 1090847/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 23/04/2013, DJe 10/05/2013.

²¹¹ A herança jacente é uma universalidade de coisas que forma patrimônio especial arrecadado por morte do *de cuius*, administrado por curador judicialmente instituído, até a habilitação de herdeiros incertos e desconhecidos, ou a declaração da vacância. São hipóteses de herança jacente: (a) na ausência de testamento, inexistência de herdeiros conhecidos ou renúncia da herança, por parte destes; (b) existindo testamento, quando o herdeiro instituído ou testamentário não existir ou aceitar a herança; (c) durante o período em que se aguarda o nascimento do único herdeiro; (d) enquanto se aguarda a constituição de pessoa jurídica a que se atribuíram os bens deixados. MONTEIRO, Whashington de Barros. *Curso de Direito Civil*. vol. 6. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 73-82.

²¹² “CIVIL. USUCAPIÃO. HERANÇA JACENTE. O Estado não adquire a propriedade dos bens que integram a herança jacente, até que seja declarada a vacância, de modo que, nesse interregno, estão sujeitos à usucapião. Recurso especial não conhecido”. (REsp 36.959/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2001, DJ 11/06/2001, p. 196).

“Bem integrante de herança jacente só é devolvido ao Estado com a sentença de declaração da vacância, podendo, até ali, ser possuído *ad usucapionem*”. (AgRg no Ag 1212745/RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 19/10/2010, DJe 03/11/2010).

2.4.4 Justo título (*titulus*)

Justo título e boa-fé são pressupostos específicos da modalidade ordinária de usucapião. O justo título relaciona-se com o conceito de boa-fé na medida em que existe presunção relativa de existência de boa-fé do possuidor que contenha justo título (artigo 1.201, parágrafo único do Código Civil).

Titulus ou *iusta causa* informam a razão pela qual o usucapiente recebeu a posse da coisa do possuidor que o precede, de maneira que a *posse ad usucapionem* desvincula-se da anterior, sem lesionar direitos de outros. Dessa forma, a posse torna-se capaz de conduzir à aquisição da propriedade em menor tempo, pela usucapião ordinária²¹³.

Em geral, o conceito de justo título centra-se na sua habilidade, em tese, para transferir domínio. Justo título pode ser todo ato abstratamente idôneo para transmitir o domínio, mas que, por um vício do ato ou outra circunstância, deixa de produzir tal efeito²¹⁴.

Contudo, há dificuldades para esclarecer em que consiste este defeito ou inabilidade para concretizar a transmissão. É necessário investigar a causa da impossibilidade de o título efetivar a transmissão, para avaliar se ele é suficientemente justo para viabilizar a usucapião ordinária²¹⁵.

²¹³ “*Titulus*, ou *iusta causa*, é a razão pela qual alguém recebeu a coisa do precedente possuidor. A posse atual desvincula-se da anterior sem lesão alguma e conduz à aquisição da propriedade”. RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*. vol.2. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 858.

²¹⁴ “O conceito de justo título leva em consideração a faculdade abstrata de transferir a propriedade, e é nesse sentido que se diz justo qualquer fato jurídico que tenha o poder em tese de efetuar a transmissão, embora na hipótese lhe faltem os requisitos para realizá-la”. RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*. vol. 2. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 860-861.

“[...] fundamento jurídico em virtude do qual o adquirente pensou obter a propriedade da coisa, devendo ser evidentemente, um contrato translativo [...] Podemos, pois, definir como justo título todo aquele que, em tese, é hábil para transferir a propriedade do bem e revestido das formalidades legais exigidas para a sua validade” WALD, Arnoldo. AZEVEDO, Álvaro Villaça (atual.). FRADERA, Vera (atual.). *Direitos das coisas*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 168-171.

“[...] ato jurídico cujo fim, abstratamente considerado, é habilitar alguém a adquirir a propriedade de uma coisa”. GOMES, Orlando. FACHIN, Luiz Edson (atual.). *Direitos reais*. 19ª ed. Rio de Janeiro: forense, 2006, p. 185-198.

“Importa que contenha aparência de legítimo e válido, com potencialidade de transferir direito real, a ponto de induzir qualquer pessoa normalmente cautelosa a incidir em equívoco sobre a sua real situação jurídica perante a coisa”. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: direitos reais*. 14ª ed. Salvador: JusPodivum, 2018, p. 430.

²¹⁵ “Em geral, os conceitos esquecem de esclarecer em que consiste a inabilidade do título. Há um ato jurídico escrito, público ou particular, externamente apto para transferir o domínio. Entretanto, se ressentido da ausência de alguns requisitos essenciais para operar, eficazmente, a transferência. Encerra uma falha ou um defeito, que acompanha o momento da transmissão e reduz a solidez da validade”. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 247-302.

É evidente que, ao exigir o justo título para a usucapião ordinária, a lei não se refere ao documento perfeito e hábil para a transmissão pelo registro. Se o possuidor contasse com esse instrumento, esta modalidade de usucapião teria reduzida utilidade jurídica²¹⁶.

Uma das finalidades da usucapião é exatamente consolidar a aquisição fundada em título que apenas em tese era hábil a gerar a aquisição. Assim, atos como a compra e venda, a doação e a arrematação são títulos justos para a usucapião se houver uma falha, um defeito, um vício formal ou intrínseco, que lhe retirem sua aptidão para transmitir. O decurso do tempo sana os defeitos, convertendo-o em título justo para firmar a nova propriedade pela usucapião²¹⁷.

A impossibilidade do justo título efetivar a transmissão do domínio pode ser sistematizada em três causas básicas: (a) falta de titularidade de domínio pelo alienante (aquisição a *non domino*); (b) ausência de poder legal para alienação (por insuficiente capacidade ou legitimação); (c) erro no modo de aquisição, como a tomada de posse de legado posteriormente revogado por codicilo que era ignorado, ou que foi deixado a uma pessoa e entregue a outra por erro de nome, ou, ainda, aquisição por instrumento particular em lugar de público²¹⁸.

Desde o Direito Romano, as alienações a *non domino* constituem um dos principais problemas que a usucapião ordinária pretende solucionar. Esses títulos podem ser reputados como justos, na medida em que são capazes de justificar uma transferência. O decurso do tempo e a convicção do adquirente de que tratava com o verdadeiro dono serão suficientes para expungir o vício e viabilizar a aquisição por usucapião²¹⁹.

²¹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direitos reais*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, p. 217-239.

²¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol. IV. Direitos Reais. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 127.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: direitos reais*. 14ª ed. Salvador: JusPodivum, 2018, p. 430.

BEVILAQUA, Clovis. *Direito das coisas*. vol. 1. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941, p. 175.

²¹⁸ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*. vol.2. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 898.

GOMES, Orlando. FACHIN, Luiz Edson (atual.). *Direitos reais*. 19ª ed. Rio de Janeiro: forense, 2006, p. 185-198.

²¹⁹ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*. vol.2. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 864-865.

GOMES, Orlando. FACHIN, Luiz Edson (atual.). *Direitos reais*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 185-198.

Com relação à segunda causa geral de impossibilidade de transmissão, a ausência de poder legal para alienação, é necessário distinguir os vícios que acarretam nulidade dos vícios que acarretam anulabilidade.

Os títulos com vícios que acarretam anulabilidade são qualificáveis como justos. Nesses casos, cabe ao prejudicado assegurar seu direito pelas medidas judiciais cabíveis, dentro do prazo decadencial. O título anulável produz efeitos, enquanto não atacado, viabilizando a posse *ad usucapionem*. Além disso, os prazos decadenciais são menores do que o menor prazo para usucapião ordinária, de 5 anos. Se, durante o prazo aquisitivo, não houve oposição à posse, não há razões para deixar de considerar o título como justo²²⁰.

Em casos de nulidade absoluta, inexistente justo título e somente a usucapião extraordinária será possível, pois a finalidade precípua da modalidade ordinária seria sanar defeitos da falta de qualidade do transmitente e não todos os defeitos de uma alienação. O ato nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso de tempo (art. 169 do Código Civil), seguindo a máxima de que o que se faz contra a lei nenhum valor tem (*quae contra legem fiunt nullius sunt momenti*)²²¹.

Na causa geral de erro no modo de aquisição, insere-se o justo título com erro de forma. O título formalizado por instrumento particular, com desobediência à regra de forma obrigatória, encerra nulidade. Isso poderia levar à conclusão de que esse título não pode ser qualificado como justo, para efeitos de usucapião ordinária.

No entanto, o justo título para a usucapião ordinária necessita ser visto com menos reserva e exigência, especialmente quando o transmitente se apresenta de acordo com a venda. Mesmo uma compra e venda por instrumento particular, nula por inobservância da forma *ad solemnitatem*, tem como efeito a transferência da posse. E o exercício da posse prolongada no tempo é capaz de sanar tal defeito, viabilizando a aquisição pela usucapião²²².

²²⁰ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*. vol.2. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 897-898.

²²¹ GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Vol. 2, 2ª ed. São Paulo: Forense, 1962, p. 234.

²²² “Quem adquire por instrumento particular no lugar de público, apesar de considerar a lei nulo o ato, por defeito de forma (CC/16, art. 145, III; atual CC, art. 166, IV), poderá ver regularizada a situação pela usucapião ordinária. Certo que a ninguém é lícito ignorar a lei, mas o erro de direito e o erro de fato devem ser considerados em pé de igualdade, porque, afinal, convertem-se em uma questão de boa-fé”. RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*. vol.2. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 870.

“[...] finalmente, pode haver erro no modo de aquisição, como na hipótese de quem adquire por instrumento particular bem cuja transmissão requer escritura pública. Embora o ato seja nulo, por defeito de forma, é de se admitir a possibilidade de ser sanado o defeito com a usucapião ordinária. Certo que a ninguém é lícito ignorar a lei, mas erros de direito, como o erro de fato, devem ser considerados em pé de igualdade, porque, afinal, se

Não é necessário que o título tenha sido registrado para ser considerado justo. A idoneidade para transferir domínio não se confunde com a efetiva ocorrência da transferência.

Considerar que o justo título deveria depender de registro, tornaria a usucapião ordinária um instituto de pequena aplicação, incapaz de operar como instrumento de regularização fundiária, porque estaria restrito a casos marginais, como a venda a *non domino* cujo alienante tenha sido evicto e a aquisição hereditária que ignorou o herdeiro instituído por testamento anterior²²³.

A usucapião agrega pouca proteção útil ao adquirente, se lhe for exigido o registro do seu título. Se a posse é de boa-fé e houve registro, operou-se a transferência, a qual produzirá efeitos enquanto não for invalidado o registro²²⁴.

Com relação ao objeto do presente trabalho, é pertinente questionar se um ato violador de regras do parcelamento do solo pode ser considerado justo título para viabilizar a usucapião ordinária.

A disciplina do parcelamento urbano regula o uso da propriedade para promover o bem coletivo, a segurança, o bem-estar dos cidadãos e o equilíbrio ambiental nas cidades. Ela pretende organizar o desenvolvimento das cidades por meio de diretrizes gerais de sustentabilidade que abarcam o acesso a moradia, saneamento, infraestrutura, transporte, serviços públicos, trabalho e lazer (arts. 1º e 2º do Estatuto da Cidade).

Para isso, é necessário planejar e controlar a distribuição espacial das atividades econômicas e das moradias, impedindo a utilização inadequada, a proximidade de usos incompatíveis e o parcelamento e o uso excessivos com relação ao que a infraestrutura das cidades pode suportar (art. 2º, IV do Estatuto das Cidades).

Justifica-se, assim, a importância de parâmetros mínimos nacionais, como os definidos pelo art. 4º, II da Lei nº 6.766 de 1976, pelo qual os lotes urbanos deverão ter área mínima de 125 m² (cento e vinte e cinco metros quadrados) e frente mínima de 5 (cinco)

convertem numa questão de boa-fé". GOMES, Orlando. FACHIN, Luiz Edson (atual.). Direitos reais. 19ª ed. Rio de Janeiro: forense, 2006, p. 194.

²²³ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*, vol. 2. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 876.

²²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: direitos reais*. 14ª ed. Salvador: JusPodivum, 2018, p. 404-497.

metros, salvo quando o loteamento se destinar a urbanização específica ou edificação de conjuntos habitacionais de interesse social, previamente aprovados pelos órgãos públicos competentes.

Com relação à organização do espaço agrário, a preocupação centra-se em evitar a formação de minifúndios, imóveis rurais com dimensões tão pequenas que impedem seu aproveitamento econômico, adequado para que o titular, por seu trabalho pessoal e de sua família, possa se manter e desenvolver (art. 186 da Constituição Federal de 1988 e arts. 10, § 2º e 16, Lei 4.504 de 1964 do Estatuto da Terra)²²⁵.

Para impedir a formação de minifúndios, a lei aplica o conceito de fração mínima de parcelamento, unidade que expressa a menor área em que um imóvel rural, num dado município, pode ser desmembrado. Ela corresponde ao módulo de exploração hortigranjeira da Zona Típica de Módulo a que o município pertencer (art. 65 da Lei nº 4.504 de 1964 e art. 8, § 1º da Lei nº 5.868 de 1972).

A inobservância dos dispositivos legais mencionados é causa de nulidade absoluta, não suscetível de confirmação e de convalidação pelo decurso do tempo. E como já foi exposto acima, os títulos nulos não podem ser reputados como justo título para aquisição. Portanto, títulos que deixam de observar o módulo mínimo urbano ou rural não poderão viabilizar a usucapião ordinária.

2.4.5 Boa-fé (*fides*)

Para fins de usucapião, é considerada como de boa-fé a posse exercida por quem ignora vício ou obstáculo que impede a aquisição da coisa (artigo 1.201, *caput* do Código Civil). O conceito legal faz referência à convicção do possuidor, portanto a boa-fé exigida para a usucapião ordinária é de ordem subjetiva.

²²⁵ “Para o Direito Agrário, essa questão é altamente relevante, porque interfere diretamente no postulado da função social da propriedade da terra. Em respeito a esse princípio, justifica-se a interferência do Poder Público em editar regras imperativas capazes de obstaculizar fracionamentos indesejáveis. Não se pode conceber que pequenas áreas de terras, que mal produzem para a subsistência da família que as cultiva, continuem a embarçar o desenvolvimento rural”. MARQUES, Benedito Ferreira. MARQUES, Carla Silva. *Direito agrário brasileiro*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 56.

Para a usucapião ordinária, a boa-fé consiste na crença do possuidor em que: a coisa possuída lhe pertence; o título o tornou proprietário; o transmitente era proprietário do imóvel transmitido; e a aquisição não acarretou prejuízo ao legítimo titular²²⁶.

É questionável se o erro de direito pode servir de fundamento para a boa-fé. A rigor, ninguém pode ignorar a lei (*nemo jus ignorare consetur*). Mas, no caso da usucapião ordinária, o usucapiente não pretende descumprir a lei. Ou seja, ele não pretende que a aquisição viciada seja validada; almeja somente ser reconhecida a reunião dos pressupostos necessários para aquisição por usucapião²²⁷.

Na *usucapio* romana, era suficiente a boa-fé no momento do ingresso na posse, seguindo a máxima “*mala fides superveniens non nocet*”. Mais tarde, por influência do Direito Canônico, a partir da Lei Portuguesa de 04 de fevereiro de 1534, a presença da boa-fé passou a ser exigida durante todo o prazo aquisitivo. Consequentemente, tornou-se possível que a boa-fé sucedesse a má-fé para fins de usucapião ordinária²²⁸.

O requisito da boa-fé deve estar presente durante todo o prazo aquisitivo da usucapião ordinária. Se cessada, a consumação da aquisição nessa modalidade é impossibilitada. A exigência remanesce das alterações provocadas pelo direito canônico no instituto.²²⁹

No direito anterior ao Código Civil de 1916, a boa-fé era requisito essencial da usucapião, mesmo na modalidade extraordinária, em que sua presença era presumida. Quando a presunção de presença da boa-fé fosse elidida, o usucapiente poderia valer-se da tutela da posse imemorial²³⁰.

²²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. vol. IV. Direitos Reais. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 127-128.

²²⁷ “[...] diz-se que o erro de direito não pode servir de fundamento à boa-fé, porque ninguém pode ignorar a lei: *nemo jus ignorare consetur*. Mas não deve ser assim. O obstáculo pode provir de razões jurídicas ignoradas pelo possuidor. A ignorância, no particular, não deve afastar a boa-fé”. GOMES, Orlando. FACHIN, Luiz Edson (atual.). Direitos reais. 19ª ed. Rio de Janeiro: forense, 2006, p. 185-198

²²⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 2ª ed. Tomo XI. Campinas: Bookseller, 2001, p. 156-157.

²²⁹ GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Vol. 2. 2ª ed. São Paulo: Forense, 1962, p. 235.

²³⁰ ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Direito das Cousas*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1908, p. 235.

Progressivamente, o trabalho do possuidor sobre a coisa passou a ser valorizado como justificativa suficiente para a aquisição do domínio pela usucapião. “*O trabalho não é ahi apenas uma amnistia, é uma consagração, é uma glorificação*”²³¹.

O Código Civil de 1916 esclarecia que, para a usucapião extraordinária, são dispensados o justo título e a boa-fé, segundo a redação do art. 550, que trata da aquisição do domínio “*independentemente do título e boa-fé que, em tal caso, se presumem*”.

Essa redação do Código de 1916 conformava uma dispensa legal²³². Não poderia ser uma presunção absoluta porque, sendo impossível ilidi-la, não se cogitaria a boa-fé. Também não poderia ser uma presunção relativa porque o código não previa a possibilidade de tutela da posse imemorial, pretendendo que ela pudesse ser efetivada a partir da usucapião extraordinária²³³.

A redação do art. 1238 do Código Civil de 2002 afirma que a usucapião independe da boa-fé, o que conduz ao questionamento da possibilidade de aquisição de um direito, com má-fé, com lesividade a terceiros²³⁴.

A usucapião não pode ser considerada uma usurpação. Trata-se de uma aquisição necessária para a estabilidade jurídica. A usucapião atende suficientemente o critério ético de ausência de lesividade porque estabelece uma anistia em favor daquele que, durante o

²³¹ PEREIRA, Virgílio de Sá. *Manual do Código Civil brasileiro, v. VIII: direito das coisas da propriedade*. LACERDA, Paulo (coord.). Edição histórica. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 270 e 271.

²³² “No usucapião trintenário, o que domina é o fato da posse contínua e incontestada, unida à intenção de ter o possuidor o imóvel como próprio. Os requisitos do justo título e da boa-fé são dispensados. Nem o possuidor necessita deles, nem terceiros poderão intervir para provar-lhes carência”. BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clovis Bevilacqua*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 1032

“De modo nenhum aludiu a presunção de boa-fé, ou quejando elementos subjetivos. Dispensou-se, não se presumiu”. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 2ª ed. Tomo XI. Campinas: Bookseller, 2001, p. 174.

²³³ “Mas se nesta a presunção de título e boa fé é apenas condicional, se admite prova em contrario, então nada adeantamos, e eliminamos no mecanismo do nosso direito uma peça de necessidade evidente. A verdade, porém, é que este não foi o intuito do legislador, e que, como imemorial a que se substituiu, o usucapião não tolera a prova da carencia do título e da boa fé”. PEREIRA, Virgílio de Sá. *Manual do Código Civil brasileiro, v. VIII: direito das coisas da propriedade*. LACERDA, Paulo (coord.). Edição histórica. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 272 e 273.)

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol. IV. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 124

²³⁴ Interessante notar que o Código Civil Português trata da possibilidade da usucapião de coisas imóveis e móveis, havendo título de aquisição e registro deste, quando houver posse “*ainda que de má-fé*”. Artigo 1.294 e 1.298 do Código Civil Português, disponível em: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>, [23/11/2019].

período legal, exerceu posse com esforços que pagam suficientemente a violação de um direito não reclamado²³⁵.

A classificação da posse como de boa-fé parte de um critério subjetivo. Já a classificação como posse justa parte de um critério objetivo, a presença de vício. Em geral, a posse de boa-fé é também justa, mas essa correlação não é exatamente necessária.

A posse com vícios objetivos de violência, clandestinidade e precariedade em sua aquisição, pode ser transferida a terceiro que os desconheça. Em razão da continuidade do caráter da posse, ela continua a ser injusta, embora o adquirente ostente boa-fé. Essa situação jurídica está presente em hipóteses de aquisição de bens roubados, por terceiro que desconheça sua origem ilícita.

A posse de boa-fé só perde esse caráter no caso, e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente (art. 1202 do Código Civil), portanto subsiste somente em face do erro escusável.

Entendendo-se por boa-fé a ignorância do possuidor de algum vício que torna anulável a transferência do domínio ou a crença do possuidor em ter adquirido a propriedade do verdadeiro titular, pode-se argumentar que “*contra um título inscrito no registro de imóveis, dificilmente poderá o usucapiente alegar boa-fé*”²³⁶.

Assim, seria a publicidade do registro suficiente para afastar a boa-fé do possuidor? As interações entre a boa-fé e a publicidade registral serão melhor desenvolvidas no item 2.6, a respeito dos efeitos da usucapião, quando abordada a questão da *usucapio libertatis*.

2.5 Modalidades de usucapião de imóveis

Avançando na apresentação deste panorama da usucapião de imóveis, revela-se importante relacionar as modalidades presentes em nossa legislação.

²³⁵ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Tratado dos registros públicos, vol. VI*. Brasília: Brasília Jurídica, 6ª ed., 1996, p. 89.

²³⁶ PORTO, Sérgio José. Justificativa de proposta de Enunciado disponível nos anais da I Jornada de Direito Civil, disponível em: http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201.pdf/at_download/file [22/03/2018].

Como será demonstrado no próximo capítulo, os debates jurisprudenciais a respeito da possibilidade de usucapião de imóveis em desconformidade com a disciplina do parcelamento consideram questões que são específicas das modalidades que integram os casos julgados.

No julgamento de casos de usucapião constitucional rural e constitucional por exemplo, ganham relevância argumentos relacionados à hierarquia superior das normas constitucionais definidas pelos arts. 182 e 191 da Constituição Federal, as quais não estariam sujeitas a eventuais limitações definidas pela legislação ordinária.

Considerações a respeito do valor social da posse-trabalho e da posse-moradia, capazes de justificar a usucapião de imóveis, mesmo que em desconformidade com regras de ordenação do espaço urbano e agrário, também possuem pertinência restrita às modalidades constitucionais.

Nesse debate, ainda ganha importância a usucapião urbana coletiva, modalidade destinada à regularização de núcleos urbanos informais e que revela a adoção pelo direito de uma estratégia de mitigação das regras urbanísticas, como abordagem para conduzir situações irregulares à formalidade jurídica.

2.5.1 Usucapião extraordinária (art. 1.238 do Código Civil)

A usucapião extraordinária demanda o exercício de posse de imóvel como seu, sem interrupção nem oposição, por quinze anos, independentemente de justo título e boa-fé (art. 1238, *caput* do Código Civil).

Nessa modalidade, o exercício da posse capaz de efetivar a função social do imóvel pelo estabelecimento de moradia habitual ou realização de obras de caráter produtivo é prestigiado pela redução do prazo para dez anos (art. 1.283, parágrafo único do Código Civil).

2.5.2 Usucapião ordinária (art. 1.242 do Código Civil)

A usucapião ordinária exige a posse de imóvel, como seu, sem interrupção, por dez anos, com justo título e boa-fé (art. 1.242, *caput* do Código Civil).

Também nessa modalidade a efetivação da função social expressa pela moradia ou investimentos de interesse social e econômico é prestigiada com a redução do prazo para cinco anos. Mas a redução do prazo beneficia apenas aqueles cujo título de aquisição do imóvel seja oneroso e esteja registrado (art. 1.242, parágrafo único, Código Civil de 2002).

A exigência de registro do título reduz as possibilidades de proteção de situações que efetivam função-social. Se o escopo principal fosse prestigiar a posse-trabalho ou a posse-moradia, o mais adequado seria adotá-la como requisito único para a redução do prazo²³⁷.

A aplicabilidade da usucapião com prazo reduzido é muito limitada, restrita às hipóteses de registro por aquisição onerosa, em que a posse é exercida com o estabelecimento de moradia ou investimentos de interesse social ou econômico.

Diante destas limitações, em sede de procedimento administrativo de invalidação do registro, por nulidade de pleno direito do procedimento registral, o terceiro adquirente dos direitos do imóvel, segundo registro posterior ao que se pretende cancelar, pode recorrer à proteção conferida pelo art. 214, § 5º da Lei nº 6015 de 1976.

A nulidade do registro não será decretada se atingir terceiro de boa-fé que já tiver preenchido as condições de usucapião do imóvel. Assim, os terceiros, adquirentes de direitos segundo registro posterior ao que se pretende invalidar, que não tenham estabelecido moradia ou realizado investimentos no imóvel, ou que o tenham adquirido o imóvel a título gratuito, também poderão ser beneficiados. Bastará demonstrar o tempo de posse e a boa-fé, sendo esta já presumível do registro aquisitivo.

Esta solução pretende somente afastar o cancelamento do registro viciado, mantendo íntegra a cadeia de transmissões dominiais. Esta saída não se confunde com uma modalidade de usucapião porque não é destinada a instaurar uma nova cadeia dominial. Pelo contrário, a aquisição derivada decorrente do registro que se pretendia cancelar é mantida, assim como a aquisição do terceiro, resultante de registro posterior.

Portanto, o art. 214, § 5º da Lei nº 6015 de 1976 não conforma uma modalidade de usucapião *secundum tabulas*²³⁸.

²³⁷ TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, vol. 4, p. 201.

²³⁸ “O direito brasileiro desconhece a usucapião *secundum tabulas* do direito alemão e austríaco. Como o austríaco, tem a usucapião, ainda contra tabulas, e se de má-fé o possuidor. [...] O registro, no direito

O ato de disposição em favor do terceiro é mantido, como se o registro anterior da cadeia que se pretende anular, fosse exato. Por ficção legal, para proteger o terceiro adquirente de boa-fé, o titular de direito adquirido por inscrição viciada recebe legitimação para dispor em favor de terceiros²³⁹.

Pode-se concluir então, que a solução vislumbrada pelo art. 214, § 5º da Lei nº 6015 de 1976, é fazer o registro ser dotado de eficácia material, para proteger a terceiro adquirente, por registro posterior ao viciado, que preencheu os requisitos da usucapião, mantendo íntegra a cadeia de aquisições derivadas²⁴⁰.

2.5.3 Usucapião constitucional agrária (art. 191 da Constituição Federal de 1988)

A usucapião constitucional agrária constitui instrumento de política agrícola e fundiária para fins de reforma agrária e fixação do homem no campo (art. 16 da Lei nº 4.504 de 1964).

A modalidade tem origem na Constituição de 1934, que tentava consolidar as pequenas propriedades rurais, legitimadas pela posse e pela cultura efetivada desde o período do regime de sesmarias²⁴¹.

As sucessivas constituições que trataram da usucapião rural realizaram aumento gradual das extensões máximas permitidas para a usucapião especial. O limite máximo partiu

brasileiro, não é simples meio de publicidade do negócio de disposição, - investe, formalmente, o que a obtém, com toda a plenitude, no direito real. É essa a característica consequência do conceito de fé pública. Só assim se pode tutelar a generalidade. Se o alienante está, como dono, no registro, não é preciso apurar-se se o adquirente sabia disso; a proteção é fundada na sequência objetiva dos registros”. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 2ª ed. Tomo XI. Campinas: Bookseller, 2001, pag. 399-400.

²³⁹ “Los derechos que adquiera el tercero em virtud de la fe pública del registro (*derechos inmobiliarios, derechos de rango, libertad de gravámenes, etc.*) derivan del patrimonio del titular no inscrito. Aquella adquisición y esta pérdida del derecho son definitivas sin perjuicio de los deberes de indemnización, de carácter puramente obligatorio, a que haya lugar (§ 816). [...] La adquisición y la pérdida correlativa del derecho se producen em virtude de disposición de um no titular. Al hacer ‘valer como exacto’ el contenido del registro, la ley atribuye, em forma de ficción, al no titular inscrito una legitimación (poder) para disponer a favor de terceros de buena fe de um derecho ajeno no inscrito”. ENNECCERUS, Ludwig. KIPP, Theodor. WOLFF, Martin. GONZÁLES, Blas Pérez (trad). ALGUER, José (trad). *Tratado de Derecho Civil*. Tomo 3. Vol. 1. Barcelona: BOSCH, 1950, pag. 255.

²⁴⁰ “Se a lei estabeleceu a presunção e foi omissa quanto à sua força probante, cabe ao intérprete perquiri-la, através do sistema estruturado. Com tal orientação, chegaria, pelo menos, à conclusão de que a presunção é juris et jure, em relação aos terceiros de boa-fé, que, confiantes no registro, adquiriram o domínio ou outro qualquer direito real [...] A eficácia absoluta não resulta, assim, sequer do Código Civil alemão, pois que a eficácia que estabelece é relativa apenas aos terceiros de boa-fé, isto é, aos que ignoram a inexistência do registro e nele confiam” BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, pag. 184.

²⁴¹ NEQUETE, Lenine. *Usucapião especial*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 3.

de 10 hectares nas Constituições de 1934 e 1937, passou por 25 hectares na Constituição de 1946, alcançou 100 hectares pela Emenda Constitucional nº 10 à Constituição 1946 e retornou aos 50 hectares atuais, de acordo com a Constituição Federal de 1988²⁴².

A identificação pelo termo “agrária” considera o tipo posse exigida para essa usucapião. Ela deve ser exercida com função social pelo trabalho, sendo este a principal justificativa da aquisição²⁴³.

Tal modalidade pretende concretizar, na dogmática constitucional: a dignidade da pessoa humana do rurícola; a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa vinculada à atividade agrária; a igualdade substancial ou material; a efetivação da justiça social no campo; a possibilidade de acesso de todos à propriedade privada da terra; a proteção da pequena propriedade familiar agrária e a função social da propriedade²⁴⁴.

É necessário que a posse seja exercida por quem não seja proprietário de outro imóvel rural ou urbano, com *affectio tenendi*, sem oposição, por cinco anos ininterruptos, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornada produtiva por seu trabalho ou de sua família, nos termos do art. 191, *caput* da Constituição Federal de 1988.

A posse apta a gerar essa aquisição é a chamada de *posse agrária*, a qual se destaca da posse comum civil na medida em que se encontra associada ao trabalho produtivo agrário, com pleno cumprimento da função social.

²⁴² O silêncio da Constituição Federal de 1967 não significa que a usucapião agrária no art. 98 da Lei nº 4.504/64 tivesse perdido vigência e validade, mesmo porque efetivava objetivo daquela mesma constituição, a respeito da função social da propriedade. MARQUES, Benedito Ferreira. MARQUES, Carla Silva. *Direito agrário brasileiro*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, p. 99.

²⁴³ No Direito Agrário, os termos seguintes são empregados com os respectivos significados: (a) “agrário” refere-se à atividade agrária ou à agricultura e pecuária; (b) “agrícola” se refere ao cultivo de vegetais; (c) “rústico” é empregado em oposição ao adjetivo edificado, para caracterizar o ambiente estudado, se nele prevalecem feições encontrados na natureza ou resultantes da obra humana; (d) “rural” contrapõe-se a urbano, aludindo à localização na relativa zona; (e) “especial” refere-se ao gênero de usucapião que apresenta requisitos específicos, como a usucapião indígena e agrária.

BARROSO, Lucas Abreu, REZEK, Gustavo Ellias Kallás. *O Código Civil e o Direito Agrário*. Rivista di Diritto Agrario, v. 2, p. 259-293, 2007.

MARQUES, Benedito Ferreira. MARQUES, Carla Silva. *Direito agrário brasileiro*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, p. 98.

²⁴⁴ Artigos 1º, III e IV, 3º, I e III, 5º, *caput* e XXVI, e 186 da Constituição Federal de 1988.

BARROSO, Lucas Abreu, REZEK, Gustavo Ellias Kallás. *Accessio Possessiones e Usucapião Constitucional Agrário: Inaplicabilidade do art. 1.243, primeira parte, do Código Civil*. Revista de Direito Privado nº 28. São Paulo, 2006, p. 113-124.

Portanto, na *posse-agrária*, há um elemento ínsito de pessoalidade, de maneira que os elementos de moradia e produção exigem atos próprios do possuidor²⁴⁵. Portanto a posse-agrária desconsidera a figura do preposto, do fâmulos da posse²⁴⁶.

A *accessio possessionis* não é aplicável a essa modalidade, porque é incompatível com a pessoalidade exigida para a posse agrária. É possível a *successio possessionis* em benefício de membros da família que já moravam e contribuía com o trabalho agrário, uma vez que tal modalidade de usucapião se destina à proteção da família²⁴⁷.

2.5.4 Usucapião especial indígena (art. 33 da Lei 6.001 de 1973)

O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena (art. 33, Lei nº 6.001 de 1973).

As terras do domínio da União, ocupadas por grupos tribais, as reservas indígenas e as terras de propriedade coletiva de grupo tribal não são coisas hábeis para essa modalidade de usucapião, nos termos do art. 33, parágrafo único da Lei nº 6001 de 1973.

A evolução legislativa, com a criação de novas modalidades de usucapião, esvaziou a relevância da usucapião especial indígena. Inicialmente, isso ocorreu a partir da usucapião especial rural, pela Constituição Federal de 1988, com requisitos de função social pelo

²⁴⁵ A posse: “Não é exigida qualquer posse produtiva, mas a posse produtiva agrária, excluindo-se da proteção constitucional prevista no art. 191 outras formas de posse não estritamente agrárias, do que constitui exemplo o extrativismo mineral”. BARROSO, Lucas Abreu, REZEK, Gustavo Ellias Kallás. *Accessio Possessiones e Usucapião Constitucional Agrário: Inaplicabilidade do art. 1.243, primeira parte, do Código Civil*. Revista de Direito Privado nº 28. São Paulo, 2006, p. 113-124.

²⁴⁶ “[...] no usucapião agrário, não se conhece a figura do preposto, nem se admite que a posse do antecessor se some à do atual, para efeito de composição do tempo necessário à prescrição aquisitiva. A posse há de ser direta e pessoal e ininterrupta. Quando muito se concebe a *successio possessiones* em caso de morte do possuidor, porque, no contexto agrário, a chamada “propriedade familiar” constitui um dos seus postulados”. MARQUES, Benedito Ferreira. MARQUES, Carla Silva. *Direito agrário brasileiro*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, p. 100.

²⁴⁷ “Como poderia haver, nesses termos, o acréscimo de tempo de posse nas cessões a título singular, *inter vivos ou causa mortis*, gratuitas ou onerosas, quando o sucessor nem sequer trabalhava ou convivia na gleba a ser apropriada? Nesses casos, iriam abaixo todas as justificativas que fundamentam a previsão dessa espécie de usucapião”. BARROSO, Lucas Abreu, REZEK, Gustavo Ellias Kallás. *Accessio Possessiones e Usucapião Constitucional Agrário: Inaplicabilidade do art. 1.243, primeira parte, do Código Civil*. Revista de Direito Privado nº 28. São Paulo, 2006, p. 113-124.

RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião, vol. II*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1163-1164. Enunciado nº 317 da IV Jornada de Direito Civil: “Art. 1243. A *accessio possessionis*, de que trata o art. 1.243, primeira parte, do CC, não encontra aplicabilidade relativamente aos arts. 1.239 e 1.240 do mesmo diploma legal, em face da normatividade do usucapião constitucional urbano e rural, arts. 183 e 191, respectivamente”.

trabalho e moradia familiares e prazo reduzido de 5 anos, depois, com a redução dos prazos para usucapião ordinária e extraordinária, promovidos pelo Código Civil de 2002.

2.5.5 Usucapião constitucional urbana individual (art. 183 da Constituição Federal)

Criada pela Constituição Federal de 1988, a usucapião constitucional é instrumento de política urbana, modalidade que exige posse caracterizada pela moradia pessoal e familiar, pelo prazo de cinco anos, em imóvel urbano de até duzentos e cinquenta metros quadrados (art. 183 da Constituição Federal, reproduzido pelo art. 1.240 do Código Civil e pelo art. 9º do Estatuto da Cidade).

Essa usucapião pode beneficiar somente uma vez o usucapiente, que não poderá ser proprietário de qualquer outro imóvel, rural ou urbano (art. 183, *caput* e §2º da Constituição Federal).

Considerando a finalidade de proteção da moradia familiar e a exigência de pessoalidade da posse, a *accessio possessionis* não é aplicável a tal modalidade. Como a aquisição é reconhecida em proteção à família, o art. 9º, §2º do Estatuto da Cidade autoriza a *successio possessionis*, em favor do herdeiro legítimo que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

O sentido de “*imóvel urbano*” alcança imóveis edificados ou não, inclusive unidades autônomas. Como a Constituição Federal não realiza distinções entre área de solo e área construída, o limite deve ser separadamente aplicável a ambas. Seria inadequado com a finalidade social da modalidade conferir prazo reduzido para a aquisição de edificação com grandes dimensões e elevado valor agregado²⁴⁸.

2.5.6 Usucapião urbana coletiva (art. 10 da Lei 10.257/2001)

A usucapião coletiva urbana é instituto de direito urbanístico, instrumento de regularização fundiária e de ordenação urbana, voltado à solução de “*núcleos urbanos informais existentes sem oposição há mais de cinco anos e cuja área total dividida pelo*

²⁴⁸ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*. vol. II. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pa. 1014 e 1049.

número de possuidores seja inferior duzentos e cinquenta metros quadrados por possuidor”, nos termos do art. 10 do Estatuto da Cidade, com redação dada pela Lei nº 13.465 de 2017.

A redação original do dispositivo definia que *“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”*.

É possível constatar que houve substituição do critério de *“baixa renda”* pelo de *“núcleo urbano informal”*, cujo conceito é legalmente definido como assentamento humano, com uso e características urbanas, constituído por unidades imobiliárias de área inferior à fração mínima de parcelamento, nos termos do art. 11, II da Lei nº 13.465 de 2017.

O núcleo urbano informal possui como traços marcantes, a irregularidade ou a impossibilidade de titulação dos ocupantes, ainda que atendida a legislação vigente à época de sua implantação ou regularização, segundo o art. 11, I e II da Lei nº 13/465 de 2017.

Considerando o caráter social dessa modalidade de usucapião, é aplicável o requisito da área máxima de 250 metros quadrados por possuidor, em consonância com a exigência aplicável à usucapião constitucional urbana, para que o imóvel usucapido tenha até 1.250 metros quadrados.

Nessa modalidade de usucapião, a possibilidade de *accessio possessionis* é prevista no art. 10, § 2º do Estatuto da Cidade, o qual autoriza o possuidor, para o fim de contar o prazo exigido por esse dispositivo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

A aquisição resultará na formação de um condomínio especial, administrado por assembleia, com decisões tomadas pela maioria dos condôminos presentes, e extingível pela deliberação de dois terços dos condôminos, após a urbanização da área (art. 10, §5º, Estatuto da Cidade).

Em real, a solução de formação de um condomínio especial não agrada os interessados e acirra os conflitos entre vizinhos, sobretudo em razão do grande número de ocupantes de núcleos urbanos informais. Além disso, a complexidade e os custos de

elaboração de trabalhos técnicos por engenheiros contribuem para o desuso dessa modalidade de usucapião²⁴⁹.

O reconhecimento da aquisição de direitos de laje, em substituição à formação de condomínios, pode ser uma estratégia mais adequada para a titulação dominial em núcleos urbanos informais, a ser tomada em ações judiciais ou em processo de regularização fundiária.

2.5.7 Usucapião familiar (art. 1.240-A do Código Civil)

A Lei nº 12.242 de 2011 introduziu o art. 1.240-A no Código Civil para disciplinar nova espécie de usucapião, chamada de usucapião familiar, em razão de sua origem²⁵⁰.

A criação da usucapião familiar integra o histórico de reorganização do programa “Minha Casa Minha Vida” e da Regularização Fundiária Urbana. O dispositivo a respeito da usucapião familiar foi simplesmente apresentado, sem grandes justificativas, no curso do processo para conversão de medida provisória em lei. A inclusão de regra de Direito Civil, em projeto de lei para políticas públicas de habitação, desrespeita regra processual legislativa, segundo a qual a lei não terá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão (art. 7º, II da Lei Complementar nº 95 de 1998)²⁵¹.

A usucapião familiar opera como instrumento de proteção da família e da moradia, permitindo o ex-cônjuge ou ex-companheiro, que permaneceu na posse do imóvel comum

²⁴⁹ MELLO, Henrique Ferraz Corrêa. *Usucapião extrajudicial*. São Paulo: YK, 2016, p. 164.

²⁵⁰ O Executivo editou a Medida Provisória nº 514/2010, cujo objeto era realizar alterações nas disciplinas da regularização fundiária e do programa Minha Casa Minha Vida. Na proposta de lei de conversão, o deputado relator do projeto André Vargas incluiu o artigo 9º que introduz o artigo 1240-A ao Código Civil, justificando a proposta pela simples referência de que “*trata-se de medida de elevada repercussão social*”. Em seguida, o projeto foi remetido à casa revisora. O parecer do deputado André Vargas, proferido em plenário da comissão mista de avaliação da medida provisória, está disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=864587&filename=PPP+I+M+PV51410+%3D%3E+MPV+514/2010>, [23/11/2019].

²⁵¹ “Creio ser adequada a denominação usucapião familiar em razão de sua origem, qual seja, o imóvel pertence aos cônjuges ou companheiros, mas só é utilizado por um deles após o fim do casamento ou da união estável”. SIMÃO, José Fernando. *Usucapião familiar: problema ou solução?*. 2011. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/informação/artigos/usucapiao-familiar-problema-ousolucao/598/>, [23/11/2019].

após a separação de fato do casal, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, usucapir a meação incidente sobre o imóvel, pertencente àquele que abandonou o lar²⁵².

A usucapião familiar exige a posse ininterrupta e sem oposição por dois anos, para moradia pessoal ou da família, sobre imóvel urbano de até duzentos e cinquenta metros quadrados, de copropriedade de ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, para moradia pessoal ou da família, por quem não ostente a condição de proprietário de outro imóvel (art. 1240-A do Código Civil).

A criação dessa modalidade foi criticada por incluir o pressuposto do “*abandono do lar*”, expressão que também é empregada pelo art. 1.573, IV do Código Civil como causa de separação culposa, o que expressaria o caráter sancionatório da usucapião.

Para os críticos, essa abordagem seria um retrocesso à tendência legislativa de afastar a análise da culpa para viabilizar o fim do casamento e da união estável, representada pela Emenda Constitucional nº 66 de 2010, em que foi abolida a necessidade de prévia separação para dissolução do casamento pelo divórcio²⁵³.

Mas é possível entender a usucapião familiar como instituto destituído do viés sancionatório. Ela pode ser compreendida como instrumento de regularização da titulação do imóvel por aquele que continua na posse e não consegue formalizar o título de aquisição, em razão da ausência do ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar sem deixar paradeiro conhecido²⁵⁴.

²⁵² FREITAS, Douglas Phillips. *Usucapião e Direito de Família: Comentários ao art. 1.240-A do Código Civil*. Revista Síntese Direito de Família. V. 14, n. 71, abril/maio 2012.

²⁵³ “[...] a norma traz consigo também um viés de penalidade para aquele que abandona a família e isto recrudescer a vetusta e equivocada percepção da importância de imputar culpa a alguém pelo fim de um relacionamento afetivo”. MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Usucapião familiar*. Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2015/12/09/usucapiao-familiar/>>, [23/11/2019].

“A criação de nova modalidade de usucapião entre cônjuges ou companheiros representa severo entrave para a composição dos conflitos familiares”. DIAS, Maria Berenice. *Usucapião e abandono do lar: a volta da culpa?* Disponível em

<http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Usucapi%C3%A3o%20Maria%20Berenice.pdf>, [23/03/2018].

“Reinsere a discussão da culpa no sistema, dando relevo ao abandono do lar conjugal, sobretudo “punindo” aquele que sai e “premiando” o cônjuge que fica, pode redundar em grave injustiça, e reforça a arraigada ideia de que aquele que sai, perde todos os seus direitos”. GUAZZELLI, Mônica. *Usucapião por abandono do lar conjugal: repercussões no direito de família*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Vol. 28 (jun/jul. 2012) – Porto Alegre; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007, p. 107.

²⁵⁴ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Arts. 1096 a 1510-A, Livro III – Direito das Coisas in Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. CEZAR, Peluzo (coord.). Barueri: Manole, 2017, p. 1164 a 1167.

O abandono é compreendido como abandono voluntário da posse do imóvel somado à ausência da tutela da família, não implicando averiguação de culpa pelo fim do casamento ou da união estável. Portanto, o requisito do abandono do lar deve ser compreendido como abandono possessório, quando o coproprietário deixa de exercer atos que lhe são inerentes²⁵⁵.

Apesar do dispositivo mencionar “*ex-cônjuge*” ou “*ex-companheiro*”, a contagem do prazo de aquisição inicia-se da separação de fato, evento que encerra a sociedade conjugal e o regime de bens, então, por coerência, também inicia o prazo da usucapião, raciocínio que se coaduna, inclusive, com a regra do art. 197 do Código Civil, que impede a corrida da prescrição somente na constância da sociedade conjugal, aplicável à usucapião (art. 1.244 do Código Civil)²⁵⁶.

Com a possibilidade do reconhecimento extrajudicial da usucapião, um importante questionamento é se o oficial de registro de imóveis tem competência para declarar a ocorrência da usucapião familiar, formando convencimento a respeito de seus pressupostos específicos, como a ausência de tutela da família durante o prazo de aquisição.

Nessa hipótese, o oficial de registro de imóveis, um *expert* na área das operações imobiliárias, transitaria sobre um campo que não lhe é próprio, o das relações familiares.

O art. 216-A da Lei nº 6.015 de 1973, dispositivo que estabelece a competência dos registradores de imóveis para reconhecer a usucapião, não realiza restrições sobre modalidades. Além disso, podem ser transpostas, as razões de julgamento dos conflitos de competência entre o juízo civil e o de família, para pedidos judiciais de reconhecimento de usucapião familiar.

A competência é atribuída ao juízo civil porque a usucapião familiar visa ao reconhecimento da aquisição de meação do ex-cônjuge. É uma ação de direito real, com tutela de caráter exclusivamente patrimonial, que não se insere na competência da vara

²⁵⁵ Ibidem.

PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. *A nova usucapião especial por abandono do lar e a função social da propriedade*. Revista Síntese Direito de Família. V. 14, n. 71, abr/maio 2012.

²⁵⁶ SIMÃO, José Fernando. *Usucapião familiar: problema ou solução*. Carta Forense. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/usucapiao-familiar-problema-ou-solucao/7273> [23/03/2018].

Enunciado nº 501 da V Jornada de Direito Civil: “*As expressões ‘ex-cônjuge’ e ‘ex-companheiro, contidas no art. 1.240-A do CC, correspondem à situação fática da separação, independentemente de divórcio’*”.

especializada da família. A existência de instituição familiar é apenas um dos requisitos legais. A usucapião familiar, portanto, não se refere ao estado das pessoas e, assim, não integra a competência do juízo de família²⁵⁷.

Ainda com relação ao processo extrajudicial para reconhecimento da usucapião familiar, é possível questionar se, em alguma hipótese, é possível dispensar a ata notarial como requisito para processamento do pedido.

Como já exposto, a usucapião familiar volta-se à regularização da titulação dominial do imóvel deixado por quem abandona o lar conjugal. Encerrada a sociedade conjugal, os bens comuns do casal passam à condição de bens condominiais. A partilha é ato necessário para definir sobre quais bens cada meação irá se projetar, e pode ser formalizada por tabelião de notas, em escritura pública.

Nessa ocasião, os bens que integravam o patrimônio comum deverão ser inventariados, o que implicará que sejam justificadas as razões pelas quais o imóvel usucapido não é objeto de partilha, inclusive para fins de controle pelas entidades fazendárias, a respeito dos tributos incidentes sobre excessos de meação.

A intervenção notarial, presente na formalização desta escritura pública de divórcio e partilha, que tratará da usucapião familiar para inventariar os bens das partes, pode ser aproveitada no processo extrajudicial de usucapião, atendendo à exigência da atuação notarial exigida pelo art. 216-A, I da Lei nº 6.015 de 1973.

Substituindo a ata notarial, essa escritura pública poderá ser apresentada porque atinge os mesmos objetivos, a direção jurídica das partes pelo notário, a respeito das questões relacionadas com a usucapião familiar, e a prova dos pressupostos da separação de fato e o abandono possessório.

²⁵⁷ AGRADO DE INSTRUMENTO – Ação de divórcio c/c usucapião familiar por abandono de lar – Decisão que reconheceu a incompetência da Vara de Família para julgar o pedido de usucapião – Agravo da autora aduzindo que há conexão entre os feitos – Inviabilidade – Causas com pedidos distintos e causas de pedir diversas – Inexistência de risco de decisões conflitantes – Eventual conexão que, ademais, não justificaria alteração de competência absoluta, em razão da matéria - Recurso desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2213620-03.2019.8.26.0000; Relator (a): Marcus Vinicius Rios Gonçalves; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 2ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 10/10/2019; Data de Registro: 10/10/2019).

No mesmo sentido: TJSP; Conflito de competência cível 0039763-23.2014.8.26.0000, TJSP Conflito de Competência Cível nº 0047926-21.2016.8.26.0000, TJSP; Conflito de competência cível 0003683-26.2015.8.26.0000 e TJSP Conflito de competência cível 0180277-60.2013.8.26.0000.

2.6 Efeitos da usucapião

A sentença que reconhece a ocorrência da usucapião oferece tutela declaratória, confirmando direito real preexistente (art. 1.241 do Código Civil). O registro possui efeito de mera publicidade, informando a terceiros a nova situação dominial do imóvel, e autoriza o usucapiente a exercer seu poder de disponibilidade sobre o imóvel²⁵⁸.

Embora a lógica de funcionamento do instituto possa conduzir à conclusão de que a aquisição é considerada como aperfeiçoada ao final do prazo de aquisição, considera-se ocorrida a aquisição desde o momento de ingresso na posse *ad usucapionem*²⁵⁹.

Atribuir efeitos retroativos à data de início da posse viabiliza a proteção de terceiros que tenham mantido relações com quem estivesse na aparência de proprietário. A solução também é importante para afastar discussões sobre o dever de restituição pelo usucapiente de frutos percebidos entre a cessação da boa-fé e o termo do prazo de aquisição, ou dos frutos percebidos durante todo o período aquisitivo, pelo possuidor de má fé, nos termos dos arts. 1214, parágrafo único e 1216 do Código Civil²⁶⁰.

A Lei de Regularização Fundiária Urbana considera os efeitos retroativos da usucapião à data de início da posse, ao dispor que, na conversão da legitimação de posse em propriedade, o ocupante adquire a unidade imobiliária livre e desembaraçada de quaisquer ônus, direitos reais, gravames ou inscrições, eventualmente existentes em sua matrícula de

²⁵⁸DUARTE, Nestor. *Breve exame da usucapião no direito brasileiro*. Em: *Estudos em homenagem a Clovis Bevilacqua por ocasião do centenário do direito civil codificado no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura; 2018. Disponível em:

<<http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc34.pdf?d=636808166395003082>>, [30/11/2019].

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Arts. 1096 a 1510-A, Livro III – Direito das Coisas in Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. CEZAR, Peluzo (coord.). Barueri: Manole, 2017, p. 1167.

²⁵⁹DUARTE, Nestor. *Breve exame da usucapião no direito brasileiro*. Em: *Estudos em homenagem a Clovis Bevilacqua por ocasião do centenário do direito civil codificado no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura; 2018. Disponível em:

<<http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc34.pdf?d=636808166395003082>>, [30/11/2019].

AgRg no Ag 1319516/MG, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 28/09/2010, DJe 13/10/2010.

²⁶⁰ “Esta doutrina se inspira na conveniência de proteger terceiros que, supondo ser o possuidor proprietário, com ele mantiveram relações jurídicas com base na aparência de propriedade”. GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Vol. 2. 2ª ed. São Paulo: Forense, 1962, p. 238.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais*. Atualizado por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2002, p. 276.

origem, exceto quando disserem respeito ao próprio legitimado (arts. 23, § 2º e 26, § 2º da Lei nº 13.465 de 2017).

Junto com o bem principal, são adquiridos os acessórios, como os rendimentos, as benfeitorias, as acessões e as servidões ativas²⁶¹.

A usucapião ordinária consolida a causa ligada à posse, o título que lhe deu origem. Portanto, se uma compra e venda conformou o justo título de uma usucapião, continua o adquirente obrigado ao pagamento do preço. Se o título foi uma doação, eventuais cláusulas de indisponibilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade, modo ou encargo estabelecidas no ato continuarão eficazes²⁶².

Considerando que a usucapião é modo originário de aquisição, com efeitos que retroagem ao início da posse, discute-se se os ônus constituídos pelo anterior titular do domínio, anteriormente ou posteriormente a essa data, são extintos, como efeito liberatório da usucapião (*usucapio libertatis*), ou se prevalecem frente ao novo proprietário.

Se, durante o prazo de aquisição, o possuidor agiu como pleno proprietário, conseqüentemente ocorrerá aquisição do pleno domínio, livre de ônus. Se terceiros, na condição de titulares de ônus, exerceram atos capazes de exteriorizá-los, sem repulsa pelo usucapiente, permanecem os ônus anteriormente constituídos. O problema é que nem todos os ônus reais autorizam atos de posse sobre a coisa, como a hipoteca²⁶³.

A aquisição da liberdade do imóvel (*libertatis usucapio*), responsável pela extinção dos ônus, é ocorrência autônoma da usucapião. Como pressupõem os mesmos requisitos, em geral, elas ocorrem simultaneamente, mas há hipóteses em que se diferenciam quanto ao momento de ocorrência, por exemplo: (a) compra e venda não registrada, seguida do registro de hipoteca constituída pelo vendedor, hipótese solucionável pela ocorrência da liberação da hipoteca; (b) causas pessoais de suspensão ou interrupção do prazo aquisitivo, relativas

²⁶¹ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*, vol. 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 224 a 226.

²⁶² “A consumação da prescrição consolida a causa, o título, que lhe serviu de fundamento: - o prescribente é tido como de fora sucessor do seu autor e fica responsável para com ele pelas obrigações que nascem do contrato estipulado entre um e outro. Assim: se prescreveu a coisa a título de compra, é obrigado a pagar ao vendedor o preço, não o tendo feito anteriormente; se a título de doação, não se pode subtrair ao cumprimento dos ônus e condições (modalidade) impostas pelo doador”. PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*. Vol. 1. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 261.

²⁶³ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*, vol. 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 227 a 233

exclusivamente ao credor hipotecário; (c) atos que interrompem prazo, em benefício do credor hipotecário, mas não aproveitam ao proprietário²⁶⁴.

Questiona-se se a publicidade do ônus real, pelo registro, seria suficiente para afastar a boa-fé do possuidor e impor prazo mais longo para a ocorrência da *libertatis usucapio*.

É possível argumentar que a boa-fé depende de uma crença justificada do usucapiente de inexistência de ônus. Sendo o ônus cognoscível pelo registro imobiliário, inexistem razões para sua ignorância, porque se presume o conhecimento por todos²⁶⁵.

Na usucapião romana, a *libertatis usucapio* tinha como pressuposto a ignorância do vínculo hipotecário. O Direito Romano desconhecia a técnica do registro de direitos, portanto a liberação dos ônus era necessária frente às hipotecas ocultas e gerais. Atualmente, com a existência de um sistema de registro de direitos, a *libertatis usucapio* deixa de ter utilidade²⁶⁶.

Os argumentos de presunção de conhecimento de ônus, a partir do registro, são reforçados pela Súmula nº 375 do Superior Tribunal de Justiça, que estabelece que “o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé de terceiro adquirente”, pelos arts. 792, I a III do Código de Processo Civil²⁶⁷, bem como pelo princípio de concentração dos atos na matrícula, consagrado pelo art. 54 da Lei nº 13.097 de 2015, de maneira que a consulta à matrícula imobiliária se tornou cautela mínima para a aquisição, dever lateral decorrente da boa-fé²⁶⁸.

²⁶⁴ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direito das Coisas. Vol. 2. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 391-395.

²⁶⁵ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Tratado dos registros públicos, vol. II*. Brasília: Brasília Jurídica, 6ª ed., 1996, p. 458 a 460.

"Por conseguinte, inscrita e, portanto, tornada pública a hipoteca, ninguém, sob qualquer pretexto, pode ignorá-la; e quem adquirir o imóvel, seja por compra, herança, doação, ou outros título, inclusive a prescrição aquisitiva, adquire-o com o ônus real da hipoteca, ou outro qualquer inscrito". MARQUES, J. M. Azevedo, *A Hypotheca*, São Paulo: Monteiro Lobato, 1925, p. 163.

²⁶⁶ LOPES, Miguel Maria de Serpa, op.cit.

²⁶⁷ Art. 792 do CPC: A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução:

I - quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver;

II - quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do [art. 828](#);

III - quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude;

²⁶⁸ BRANDELLI, Leonardo. *Registro de imóveis: eficácia material*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 57-70.

Mas, de outro lado, o parágrafo único do art. 54 da Lei nº 13.097 de 2015, ao dispor sobre a oponibilidade de situações inscritas a terceiros de boa-fé, ressalva as hipóteses de aquisição e perda da propriedade que independem de registro, como a usucapião²⁶⁹.

Outros argumentos auxiliam na prevalência da corrente pela qual o registro de ônus reais não impede a boa-fé e a *libertatis usucapio*.

Não se pode afirmar que o registro conduz à má-fé. A má-fé não é presumida, exceto nas hipóteses de previsão legal. E, como já demonstrado, quando a lei tratou a respeito do princípio da concentração dos atos na matrícula, ressaltou expressamente a usucapião, o que autoriza o efeito liberatório da usucapião, para ônus constituídos antes ou depois do início da posse²⁷⁰.

É importante pontuar, entretanto, a distinção entre a aquisição da propriedade e a aquisição da liberdade do imóvel para a finalidade de contagem de prazos. Face ao proprietário, o prazo aquisitivo corre a partir do início da posse; face ao credor hipotecário, o prazo é contado do registro do título de aquisição originária²⁷¹.

O julgamento do Recurso Especial nº 716.753, pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, auxiliou no início da formação da jurisprudência que reconhece o efeito liberatório da usucapião. Na ocasião, destacou-se o voto do Ministro relator, João Otávio de Noronha, em que foi considerado que, ocorrida a usucapião, a titularidade do direito é

²⁶⁹ Art. 54 da Lei nº 13.097 de 2015. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações: [...]

Parágrafo único. Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel.

²⁷⁰ “Não é lícito dizer que a publicidade da inscrição faz supor a má-fé da parte do adquirente, porque a má-fé não se presume senão quando a lei assim o estatue. A presunção comum é a da boa-fé. Além disso, a transcrição também é forma de dar publicidade ao direito, e o credor hipotecário deve conhecer, por ela, a alienação do imóvel; se deixa correr o tempo, e, por sua negligência o seu direito perde a eficácia, *sibi imputet*”. NEQUETE, Lenine. *Da prescrição aquisitiva*. São Leopoldo: Sulina, 1954, p. 31-35.

²⁷¹ “Em suma, estabelecida ao depois de iniciada a prescrição do imóvel, perece a hipoteca, consumada a usucapião; e, constituída antes, pode ela extinguir-se (prescrição extintiva) nos termos do art. 849, IV, do CC [causas comuns de extinção da hipoteca, correspondente ao atual art. 1499, CC 2002] *em relação ao adquirente, nos mesmos prazos e nas mesmas condições estipuladas para a prescrição extintiva dos direitos reais (CC, art. 177), aplicados adequadamente os arts. 550 e 551, do referido diploma*”. NEQUETE, Lenine. *Da prescrição aquisitiva*. São Leopoldo: Sulina, 1954, p. 57.

RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*, vol. 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 227 a 233.

atribuída desde o início de sua posse, não havendo de prevalecer contra o usucapiente eventuais ônus constituídos a partir desse momento.

Os ônus devem ser diferenciados pelo critério do momento de sua constituição. Os ônus constituídos após o início da posse *ad usucapionem* devem ser liberados porque não é possível legitimar, contra o usucapiente, gravames constituídos por quem não mais detinha o domínio.

Não é aceitável liberar os ônus reais constituídos antes do início da posse *ad usucapionem* por respeito aos princípios afetos ao direito de sequela, com graves e indesejáveis implicações para a segurança jurídica²⁷².

Nesse julgamento do Recurso Especial nº 716.753, o Ministro Luis Felipe Salomão ressaltou esta segunda consideração do ministro relator, declarando não ter formado seu convencimento a respeito do ponto. Mais tarde, reavaliando a questão, no julgamento do Recurso Especial nº 941.464/SC, o Ministro Luis Felipe Salomão, na condição de relator, expressou seu entendimento de que os gravames anteriores ao início do período aquisitivo do domínio também deveriam ser liberados²⁷³.

Por ser modo de aquisição originário, a propriedade não é adquirida do anterior proprietário, mas contra ele. Um direito absolutamente novo é atribuído ao usucapiente, sem relação de continuidade. Se a propriedade anterior se extingue, o que gravava a antiga propriedade e que lhe era acessório também será extinto.

Dessa maneira, o acórdão para o Recurso Especial nº 941.464/SC consolidou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que reconhece o efeito liberatório da

²⁷² “DIREITO CIVIL. USUCAPIÃO. SENTENÇA DECLARATÓRIA. EFEITO EX TUNC. ÔNUS REAL. HIPOTECA CONSTITUÍDA NO CURSO DA POSSE AD USUCAPIONEM. NÃO-PREVALECIMENTO DO GRAVAME CONTRA O USUCAPIENTE. 1. Consumada a prescrição aquisitiva, a titularidade do imóvel é concebida ao possuidor desde o início de sua posse, presentes os efeitos ex tunc da sentença declaratória, não havendo de prevalecer contra ele eventuais ônus constituídos, a partir de então, pelo anterior proprietário. 2. Recurso especial não-conhecido”. (REsp 716.753/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 15/12/2009, DJe 12/04/2010)

²⁷³ “Ocorre que, se bem analisado, o chamado direito de sequela - decorrente dos direitos reais - é garantia do credor contra a transferência do bem pelo devedor a terceiro, para que o bem dado em garantia responda pela obrigação independentemente de quem o detenha. Nessa linha de raciocínio, o direito de sequela é facilmente aplicado quando há transferência de propriedade. Porém, com a usucapião, a propriedade anterior **extingue-se** e dá lugar a uma outra, *ab novo*, que não decorre da antiga, porquanto, como já se afirmou, não há transferência de direitos, mas aquisição originária”. (REsp 941.464/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 29/06/2012).

usucapião sobre ônus reais constituídos antes e depois do início da posse *ad usucapionem*, posição adotada para o julgamento de recursos que lhe seguiram²⁷⁴.

2.7 Conclusões a partir do panorama geral da usucapião

A partir deste panorama geral da usucapião, já é possível alcançar algumas conclusões a respeito da possibilidade da usucapião de imóveis cujas conformações deixam de observar as disciplinas do parcelamento do solo.

Desde suas origens romanas, a usucapião tem a finalidade de regularizar transmissões que, por alguma causa, deixaram de produzir seus efeitos. A usucapião tem a aptidão de consolidar a causa de ingresso na posse, saneando os vícios que impediram a transmissão. Essa lógica, entretanto, não se amolda muito bem aos vícios de ordem urbanística e agrária. O decurso do tempo, por si, não é suficiente para expurgar os efeitos deletérios do inadequado parcelamento do solo. São necessárias, nesse caso, medidas efetivas de mitigação dos efeitos deletérios da propriedade irregular.

Destaca-se, assim, a relevância dos instrumentos de regularização fundiária que apontam soluções híbridas, ou seja, que combinam, em um mesmo contexto, estratégias de adequações do fato à regra e flexibilizações da regra para acomodar o fato.

Se, no Direito Romano, a usucapião permitia conferir estabilidade à propriedade bonitária, ou seja, aquela não tutelada pelos institutos do *ius civile*, e se no Brasil colonial, a usucapião viabilizava o acesso à terra, aqueles que não tinham condições de serem

²⁷⁴ “[...] Consumada a prescrição aquisitiva, a titularidade do imóvel é concebida ao possuidor desde o início de sua posse, presentes os efeitos *ex tunc* da sentença declaratória, não havendo de prevalecer contra ele eventuais ônus constituídos pelo anterior proprietário”. (AgRg no Ag 1319516/MG, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 28/09/2010, DJe 13/10/2010).

“A usucapião é forma de aquisição originária da propriedade, de modo que não permanecem os ônus que gravavam o imóvel antes da sua declaração”. (AgRg no REsp 647.240/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, Terceira Turma, julgado em 07/02/2013, DJe 18/02/2013).

“Com efeito, ao afirmar o acórdão recorrido que ‘o reconhecimento da posse *ad usucapionem* confere ao seu titular os direitos inerentes ao domínio, dentre os quais o de perseguir a integralidade de sua propriedade sem eivas que possam maculá-la como a hipoteca judicial’, adotou o julgado o fundamento, suficiente à solução da questão, de que a hipoteca judicial sucumbe à prescrição aquisitiva. [...] não se pode ter como ilegal a decisão que reconhece ser a usucapião modo originário de aquisição da propriedade e, portanto, prevalente sobre os direitos reais de garantia que anteriormente gravavam a coisa”. (REsp 620.610/DF, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 03/09/2013, DJe 19/02/2014).

“[...] A hipoteca firmada entre o antigo proprietário do imóvel e o agente financiador da obra não atinge o terceiro adquirente. Incidência da Súmula n. 308/STJ. 6. A execução da garantia pelo agente financeiro em desfavor apenas do proprietário do imóvel não interrompe a prescrição da ação de usucapião por não constituir resistência à posse de quem pleiteia a prescrição aquisitiva”. (AgRg no AREsp 600.900/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 01/09/2015, DJe 08/09/2015).

beneficiados pelo regime de sesmarias, torna-se possível estabelecer um paralelo para afirmar que, no Direito vigente, a usucapião, enquanto instrumento de regularização fundiária, tem a capacidade de permitir levar para a formalidade imóveis em situação irregular, conferindo maior segurança jurídica aos seus titulares.

Contudo, a usucapião não pode se converter em uma medida alternativa à adequada formalização das transmissões, como uma via aberta que permita fraudar regras da disciplina do parcelamento do solo.

Sabe-se que as preocupações sobre a possibilidade de utilização da usucapião como meio de fraude não são recentes e remontam o Direito Romano que chegava a equipara-la às transmissões, para evitar fraudes. Mas, como demonstrado, estas preocupações estavam centradas na questão da usucapião de bens inalienáveis por ato voluntário.

Os debates sobre a possibilidade de usucapião de imóveis parcelados indevidamente estão centrados na avaliação do pressuposto da *res habilis* para a usucapião, mas também é possível constatar repercussões na configuração do justo título. Como os vícios importam nulidade do ato, não seria possível a usucapião ordinária.

3 USUCAPIÃO DE IMÓVEIS PARCELADOS INDEVIDAMENTE

3.1 Limitações ao parcelamento da propriedade

O direito de propriedade atribui ao seu titular o poder dominial de disponibilidade, exercitável para realizar o parcelamento e o remembramento de imóveis, segundo o princípio da livre configuração de terras, desde que observados os limites legais²⁷⁵.

Comparando as feições da propriedade no início do século XIX com seus atuais atributos, é possível concluir que o grau de intervenção e de limitações sobre o direito foi crescente, até mesmo como expressão da progressiva complexidade das relações sociais e econômicas.

Naquela época, o exercício da propriedade devia, basicamente, respeitar o direito de vizinhança, limites necessários para coexistência entre propriedades vizinhas. Essas relações de vizinhança já expressam as contradições e a insuficiência no tratamento da propriedade como direito absoluto²⁷⁶.

Atualmente, o exercício da propriedade imóvel deve observar uma série de limitações de ordem privada ou pública. As limitações civis podem ser legais, como o direito de vizinhança, ou convencionais, como as servidões prediais, as restrições convencionais estabelecidas pelo loteador, a convenção condominial e as cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e indisponibilidade por disposição gratuita de bens.

As limitações públicas harmonizam a propriedade, com a proteção e promoção de bens jurídicos coletivos, por meio de preceitos legais de direito administrativo, ambiental, de proteção do patrimônio histórico, artístico e cultural, urbanístico e agrário.

Elas se projetam sobre a propriedade, atenuando seus atributos de direito perpétuo, exclusivo e perpétuo. A desapropriação, por exemplo, afasta a perpetuidade da propriedade, ao extinguir o direito em prol de uma necessidade, utilidade ou interesse social. A servidão administrativa afasta a exclusividade do direito, ao viabilizar que a Administração Pública

²⁷⁵ “O princípio da livre configuração das terras permite aos donos de terrenos todas as combinações possíveis, exceto onde (limitações) as leis fixem mínimo ou máximo de tamanho ou imponham arruamentos, ou reentrâncias ao rés-do-chão”. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Civil*. tomo XIII. Campinas: Bookseller, 2012, p. 38.

²⁷⁶ DANTAS, F. C. de San Tiago. *O conflito de vizinhança e sua composição*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 15.

possa extrair utilidade do bem, sem suprimir, por completo, o direito afetado. E as restrições administrativas afastam o caráter absoluto da propriedade, limitando o direito de uso, fruição e disposição do imóvel²⁷⁷.

Portanto, o pensamento jurídico avançou para superar a concepção liberal da propriedade como direito absoluto, limitado somente excepcionalmente por regras expressas em lei ou definidas por ato de vontade, conferindo-lhe um caráter mais flexível e dinâmico, para atender melhor às necessidades humanas e às novas exigências sociais²⁷⁸.

A concepção jurídica da propriedade passou a adequá-la com as suas finalidades sociais, integrantes do próprio conteúdo do direito. Como elemento interno, a função social estabelece diretrizes restritivas, limitando o exercício dos poderes dominiais, e promocionais, que objetivam estimular o aproveitamento socialmente adequado do bem²⁷⁹.

A função social da propriedade pode ser compreendida como o dever e o poder titulado pelo proprietário de satisfazer suas necessidades e interesses pessoais, buscando, simultaneamente, satisfazer as necessidades da coletividade que integra²⁸⁰.

A propriedade encontra-se protegida como direito fundamental, desde que atenda sua função social (art. 5º, XXII e XXIII da Constituição Federal de 1988). Especificamente nas relações econômicas, a função social adquire maior relevância, porque está identificada como princípio orientador da ordem econômica e financeira (art. 170, III da Constituição Federal de 1988).

Portanto, a propriedade estabelece hoje, uma relação jurídica complexa capaz veicular tantos os interesses privados do seu titular, quanto interesses sociais, cuja compatibilização justifica a atribuição e proteção do direito pela ordem jurídica²⁸¹.

²⁷⁷ SILVA, José Afonso da Silva. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 395-396.

²⁷⁸ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 90.

²⁷⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Contornos constitucionais da propriedade privada*. In: Temas de direito civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 269.

²⁸⁰ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. *Limitações urbanas ao direito de propriedade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 57.

²⁸¹ “[...] constitui um princípio ordenador da propriedade privada e fundamento da atribuição desse direito, de seu reconhecimento e da sua garantia mesma, incidindo sobre seu próprio conteúdo”. SILVA, José Afonso da Silva. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 70.

A Constituição Federal de 1988 buscou conferir operabilidade à função social da propriedade imóvel, determinando parâmetros para aferir o exercício socialmente adequado do direito.

A propriedade urbana tem como parâmetros a promoção do bem-estar dos habitantes das cidades, o atendimento das funções urbanísticas de moradia, condições adequadas de trabalho, recreação e demais funções sociais da cidade, sob orientação do Plano Diretor Municipal (art. 182, *caput* e §2º da Constituição Federal de 1988).

A função social da propriedade rural, por sua vez, tem como parâmetros: o cumprimento dos requisitos de aproveitamento racional e adequado do imóvel, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis, a preservação do meio ambiente, o respeito às regras incidentes sobre relações de trabalho e de exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (art. 186, I a IV da Constituição Federal de 1988).

Há uma forte relação entre o parcelamento e a função social da propriedade, em seu aspecto promocional. Afinal, o parcelamento permite a difusão do direito de propriedade, ampliando o acesso à moradia e ao trabalho e, se respeitada a legislação a respeito vigente, torna-se importante ferramenta de ordenação das cidades e do campo, de promoção do desenvolvimento sustentável, do equilíbrio ambiental e da qualidade de vida dos moradores e trabalhadores²⁸².

É, no entanto, no aspecto limitador da função social que se encontram as maiores interações com a disciplina do parcelamento do solo, por meio de restrições que mitigam o caráter absoluto da propriedade, estabelecendo intervenções no exercício dos poderes dominiais de dispor, fruir e usar.

Em matéria imobiliária, essas limitações derivam no controle da: (a) ocupação da propriedade, por preceitos relativos à implantação de edificações, segundo índices de taxa de ocupação, coeficiente de aproveitamento, recuos e gabaritos, bem como regras alinhamento, nivelamento e áreas *non edificandi*; (b) modificação da coisa, por meio a disciplina do parcelamento e desmembramento do solo, da impossibilidade de mudança das

²⁸² “Atuou e atua, pois, o parcelamento do solo urbano, ao pulverizar ou espalhar a propriedade privada de lotes de terrenos entre inúmeros e novos proprietários, como relevante elo social de tutela das liberdades concretas do povo”. AMADEI, Vicente Celeste. AMADEI, Vicente de Abreu. *Como lotear uma gleba: O parcelamento do solo urbano em todos os seus aspectos (Loteamento e Desmembramento)*. 3ª ed. Campinas: Millenium, 2012, p. 31.

coisas tombadas ou de supressão de área de proteção ambiental permanente; (c) alienação da coisa, como o direito de preferência na aquisição de imóveis tombados, em favor dos entes federativos, e no direito de preempção em favor do Município, nos termos do art. 25 do Estatuto da Cidade²⁸³.

As restrições relativas ao parcelamento do solo orientam o exercício do poder dominial de disponibilidade, de maneira que as novas unidades imobiliárias criadas tenham conformações capazes de viabilizar que a propriedade atenda sua função social.

3.1.1 Limitações ao parcelamento rural

A Legislação Agrária define o imóvel a partir do critério de sua destinação – ou potencialidade de destinação – agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agroindustrial, independentemente de sua localização dentro ou fora do perímetro urbano, contrapondo-se à visão da legislação tributária, que adota o critério da localização (art. 4º, I da Lei nº 4.504 de 1964).

O parcelamento do solo rural é disciplinado pelo Decreto-lei nº 58 de 1937, cujas disposições pretendem, basicamente, disciplinar os contratos de compromisso de compra e venda, como forma de proteção dos adquirentes dos lotes, contra os riscos de inoperância dos contratos sobre terrenos inexistentes.

Essas disposições são, em si, fraudáveis pelo alienante, para afastar o controle do registro imobiliário da regularidade das disposições contratuais. Mas a inobservância de tais regras não poderia repercutir sobre o adquirente, inviabilizando a usucapião, porque elas pretendem, justamente, protegê-lo.

O parcelamento do solo rural também deve obedecer às normas de Direito Agrário, em especial a fração mínima de parcelamento, estabelecida para cada Município. Nesse caso, a participação do adquirente na fraude apresenta repercussões sobre a usucapião, porque

²⁸³ SILVA, José Afonso da Silva. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 394-397.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. *Limitações urbanas ao direito de propriedade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 114-115.

resultará na criação de propriedade imobiliária incapaz de atender sua função social adequadamente.

A lei busca combater e desestimular a formação de minifúndios, conceito que identifica imóveis cujas dimensões e possibilidades são insuficientes para atender as necessidades de uma propriedade familiar. São, portanto, bens incapazes de atingir sua função social, viabilizar a subsistência e o progresso dos seus titulares, e de contribuir adequadamente para a geração de riquezas na economia agrária²⁸⁴.

Mesmo que trabalhado eficientemente pelo proprietário e sua família, aplicados altos conhecimentos, tecnologias modernas de cultivo e criação, o minifúndio revela-se insuficiente para subsistência daqueles que nele trabalham²⁸⁵. Por essas razões, o art. 8º da Lei nº 5.868 de 1972 determina que nenhum imóvel rural possa ser dividido em área inferior ao módulo ou à fração mínima de parcelamento.

Vale destacar que o módulo rural corresponde justamente à dimensão necessária para que uma propriedade familiar garanta a subsistência e o progresso social e econômico dos seus titulares (art. 4º, II, III, 5º da Lei nº 4.504 de 1964).

O módulo rural estabelece uma unidade de medida que traduz a interdependência entre a dimensão, a situação geográfica dos imóveis rurais e a forma e condições do seu aproveitamento econômico. Essa unidade é atualmente fixada pelo INCRA, levando em consideração fatores como: o tipo de exploração, a qualidade da terra, a proximidade do centro consumidor e outros aspectos necessários (art. 11 do Decreto nº 55.891 de 1965).

O Sistema de Cadastro Rural, implementado pela Lei nº 5.868 de 1972, manteve o critério do módulo como dimensão mínima do imóvel, mas introduziu o requisito mínimo da fração mínima de parcelamento, unidade de medida determinada a partir do município de localização do imóvel (art. 8º, § 1º da Lei nº 5.868 de 1972).

²⁸⁴ “Para o Direito Agrário, essa questão é altamente relevante, porque interfere diretamente no postulado da função social da propriedade da terra. Em respeito a esse princípio, justifica-se a interferência do Poder Público em editar regras imperativas capazes de obstacular fracionamentos indesejáveis. Não se pode conceber que pequenas áreas de terras, que mal produzem para a subsistência da família que as cultiva, continuem a embaraçar o desenvolvimento rural”. MARQUES, Benedito Ferreira. MARQUES, Carla Silva. *Direito agrário brasileiro*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, p. 56.

²⁸⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Curso de Direito Agrário*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2015, Capítulo XVII. Versão ebook, disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/94425579/v3/document/108961912/anchor/a-108961563>>, [23/12/2019].

A vedação ao parcelamento do imóvel em unidades inferiores ao módulo mínimo rural comporta exceções: (a) os desmembramentos resultantes de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social (art. 2º do Decreto nº 62.504 de 1968); (b) atendimento a interesse de ordem pública, nos casos de instalação de estabelecimentos comerciais, como postos de abastecimento de combustíveis, oficinas mecânicas, garagens, lojas e armazéns (art. 2º do Decreto nº 62.504 de 1968); (c) parcelamento efetivado em programas de apoio à atividade agrícola familiar (º, art. 65, § 5 da Lei nº 4.504 de 1964).

3.1.2 Limitações ao parcelamento urbano

O parcelamento urbano também deve observar regras definidoras de dimensões mínimas das unidades imobiliárias criadas.

A fração mínima de parcelamento e a testada mínima do lote são parâmetros urbanísticos instituídos de acordo com as diretrizes da política municipal de urbanização, destinados a controlar o adensamento construtivo e populacional, considerando as condições ambientais e a capacidade da infraestrutura, circulação, equipamentos e serviços públicos na região.

Segundo a competência da União para definir normas gerais de direito urbanístico (art. 24, I e §1º da Constituição Federal de 1988), o art. 4º, II da Lei 6.766 de 1979 estabelece que os lotes terão área mínima de cento e vinte e cinco metros quadrados e frente mínima de cinco metros, salvo quando o loteamento se destinar a urbanização específica ou edificação de conjuntos habitacionais de interesse social, previamente aprovados pelos órgãos públicos competentes.

Além de cuidar para que cada unidade imobiliária criada consiga, individualmente, efetivar sua função social, a disciplina do parcelamento do solo urbano preocupa-se com a interação das unidades com o tecido urbano.

Por ser um dos principais vetores do crescimento urbano, o parcelamento necessita ser regulado, de maneira a viabilizar: as funções sociais da cidade, a integração das glebas

parceladas com a urbe, o equilíbrio entre os espaços públicos e privados e o desenvolvimento sustentável das cidades²⁸⁶.

Incide sobre a atividade de parcelamento urbano uma série de limitações que orientam o desenvolvimento sustentável das cidades. São restrições de ordem urbanística, ambiental e de proteção do patrimônio histórico e cultural, a serem controladas quando os empreendimentos forem submetidos à aprovação dos órgãos de fiscalização municipais e estaduais (art. 12 e 13 da Lei nº 6.766 de 1979).

Por isso, é importante que os agentes responsáveis pelo reconhecimento da usucapião tenham um olhar cuidadoso sobre a titulação de imóveis resultantes de parcelamentos clandestinos, observando se o usucapiante se utiliza da aquisição originária para fraudar e tentar afastar essas limitações legais.

A primeira classe de limitações cuida da própria segurança física de moradores e frequentadores. O art. 3º, I a V da Lei nº 6.766 de 1979 impede o parcelamento do solo em áreas de risco, que fica autorizado somente quando o projeto apresente medidas efetivas para afastar os possíveis danos envolvidos.

Não é permitido o parcelamento: em terrenos alagadiços e sujeitos a inundações, antes de tomadas as providências para assegurar o escoamento das águas; em terrenos que tenham sido aterrados com material nocivo à saúde pública, sem que sejam previamente saneados; em terrenos com declividade igual ou superior a trinta por cento, salvo se atendidas exigências específicas das autoridades competentes; em terrenos onde as condições geológicas não aconselham a edificação; em áreas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até a sua correção.

Segundo a lógica de adoção de medidas híbridas, abraçada pela disciplina da regularização fundiária, a titulação dos ocupantes irregulares de áreas de risco depende da possibilidade técnica de tomar medidas capazes de assegurar a segurança do local. E, quando o risco for de natureza ambiental, o projeto deve envolver medidas de recuperação parcial ou de compensação, capazes de mitigar os danos ambientais decorrentes da ocupação irregular.

²⁸⁶ AMADEI, Vicente Celeste. AMADEI, Vicente de Abreu. *Como lotear uma gleba: o parcelamento do solo em todos os seus aspectos (loteamento e desmembramento)*. 3ª ed. Campinas: Millenium, 2012, p. 05.

A segunda classe de limitações é de ordem urbanística e cuida da integração da área parcelada com a cidade, para que suas funções possam ser atendidas. Nesse sentido, o parcelamento urbano deve observar: (a) as leis municipais de zoneamento que fixam os usos adequados por regiões; (b) as leis municipais que fixam percentuais mínimos de áreas destinadas a sistemas de circulação, a implantação de equipamento urbano e comunitário, e a espaços livres de uso público, proporcionais à densidade de ocupação prevista pelo plano diretor; (c) a infraestrutura básica com equipamentos urbanos, como o escoamento das águas pluviais, iluminação pública, esgotamento sanitário, abastecimento de água potável, energia elétrica pública e domiciliar e vias de circulação; (d) as faixas destinadas ao domínio público, ao longo de rodovias, ferrovias e as dutovias, bem como as adjacentes faixas de domínio privado, sob a restrição administrativa de não construir; (e) faixas de domínio privado, sob a restrição administrativa de não construir, destinada a equipamentos urbanos; (f) a necessidade de articulação entre as vias criadas com as vias adjacentes oficiais, existentes ou projetadas, e de harmonização com a topografia local (art. 4º, I, III, III-A, IV, §1º e 4º da Lei nº 6.766 de 1977)²⁸⁷.

A terceira categoria de limitações considera a função ambiental da propriedade urbana, em seus aspectos natural (meio ambiente físico), artificial (meio ambiente construído), cultural (meio ambiente espiritualizado) e do trabalho (relativo à salubridade e à segurança do local de trabalho).

As limitações de ordem ambiental orientam o processo de urbanização para que a conversão de áreas rurais em áreas urbanas e a construção de novos bairros siga parâmetros de conservação dos bens ambientais.

Dentre os parâmetros ambientais que o parcelamento urbano deverá observar, destacam-se: (a) a necessidade de autorização para a supressão de vegetação em área de preservação permanente, inclusive as situadas ao redor de reservatórios e ao longo dos cursos d'água. A supressão depende de prévia autorização e é possível somente nas hipóteses de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental (art. 8º do Código Florestal); (b) a observação de percentuais destinados a compor área verde urbana (art. 4º, I da Lei 6.766 de 1977 e art. 25 do Código Florestal); (c) a preservação da reserva legal, a ser

²⁸⁷ O órgão de fiscalização do trânsito com competência sobre o local do empreendimento deverá anuir com o projeto, quando houver impacto na atração de trânsito (artigo 93 do Código de Trânsito Brasileiro).

convertida em área verde urbana (art. 19 do Código Florestal)²⁸⁸; (d) com relação ao aspecto cultural do meio ambiente, quando o parcelamento recair sobre imóvel tombado ou integrante do patrimônio cultural, as restrições à modificabilidade do bem impõem a necessidade de autorizações do órgão competente; (e) o parcelamento do solo também deverá observar as restrições próprias de imóveis localizados no entorno de bens tombados ou integrantes do patrimônio cultural.

Como é possível observar, o parcelamento indevido do solo urbano, tem amplas repercussões, sobre a própria unidade imobiliária criada, com conformações em desacordo com as dimensões mínimas para que o imóvel atenda sua função social, e sobre interesses coletivos relacionados ao sustentável desenvolvimento das cidades.

Daí a importância em um controle afinado dos pedidos de usucapião de unidades imobiliárias criadas por meio de parcelamentos indevidos do solo. A usucapião, ainda que possa permitir a regularização do domínio destas unidades, não pode se converter em um meio facilitado de fraude à lei de parcelamento.

Avançando neste debate, o item seguinte investiga, na jurisprudência dos tribunais superiores, a possibilidade de usucapião de imóveis parcelados irregularmente. Em seguida, o item 3.3 deste capítulo investigará como a fraude à lei pode estar presente na usucapião de imóveis parcelados irregularmente.

3.2 Jurisprudência sobre a usucapião de imóveis irregulares

3.2.1 Parâmetros de pesquisa e avaliação quantitativa das decisões do Supremo Tribunal Federal

A pesquisa descrita a seguir foi realizada no site do Supremo Tribunal Federal, em 08 de julho de 2019, e, por meio dela, buscou-se por todas as modalidades de decisões e

²⁸⁸ “Entretanto, fere a razoabilidade exigir, para gleba em zona urbana ou de expansão urbana, em processo de parcelamento para fins urbanos, recompor área ambientalmente descaracterizada com rigor e proporção equivalente ao exigível para a Reserva Legal, própria de imóvel rural. [...] Nestas situações, a solução adequada, a nosso ver, deve ser colhida pela observância ao disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo”.

²⁸⁸ AMADEI, Vicente Celeste. AMADEI, Vicente de Abreu. *Como lotear uma gleba: o parcelamento do solo em todos os seus aspectos (loteamento e desmembramento)*. 3ª ed. Campinas: Millenium, 2012, p. 125-129.

documentos disponíveis na base de dados, com a exceção dos informativos de jurisprudência (acórdão, repercussão geral, súmula vinculante, súmula, decisão monocrática, decisões da presidência e questão de ordem), sem delimitação de tempo, sendo marcado o campo destinado a efetuar buscas por decisões anteriores a 1950.

O objeto da pesquisa era selecionar e avaliar julgados em que fosse debatida a possibilidade de usucapião de imóveis com conformações em desacordo com as regras de ordenação urbana ou rural, mais especificamente as relativas ao parcelamento do solo, módulo mínimo rural e urbano e testada mínima dos imóveis urbanos.

A busca inicial associou os seguintes verbetes e operadores: usucapião E (módulo OU dimens\$ OU tamanho OU metragem). Desse modo, os operadores direcionaram a pesquisa por decisões cujos indexadores e conteúdos contenham o verbete “usucapião” e ao menos um dos verbetes indicados entre parênteses, sendo que, o operador “\$” substitui qualquer parte da palavra desejada. No caso, a busca por “dimens\$” permite resultados com dimensão ou dimensões.

A primeira busca apontou 04 acórdãos, 59 decisões monocráticas e 01 questão de ordem. Por tratarem de tema diverso do objeto da pesquisa, foram descartados 03 acórdãos: a ADI nº 3.239/DF, a respeito da demarcação e titulação de terras ocupadas por remanescentes de comunidades de quilombos²⁸⁹; o RE nº 97.313/SP, sobre a possibilidade de reconhecimento da usucapião de área menor do que a pedida na inicial; e o RE nº 86.886/RJ, recurso com fundamento na impossibilidade de usucapião em terras devolutas, mas que não chegou a ser conhecido. Apenas o RE nº 422.349/RS remanescente apresentou contribuições efetivas.

Das 59 decisões monocráticas encontradas, 52 foram inicialmente descartadas, por tratarem de assuntos que fogem do objeto de pesquisa. Em geral, são decisões que impedem

²⁸⁹ Contudo, o acórdão da ADI nº 3.239 apresenta pequena contribuição para compreensão do instituto da usucapião, na medida em que trechos de dois votos avalia a tese de que o artigo 68, ADCT constitui modalidade de usucapião. Em posição isolada, o ministro relator Cesar Peluso reconhece uma aproximação com o instituto da usucapião, fazendo referência direta ao trabalho de Cláudio Teixeira que sustenta tal posição.

De outro lado, a ministra Rosa Weber parte da constatação de que a proteção especial conferida pelo artigo 68 do ADCT não foi associado com a invalidação de títulos particulares de propriedade, como a Constituição em seu art. 231, §6º, ao disciplinar as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. Deste modo, a tensão entre os eventuais direitos de proprietários e os direitos de remanescentes de comunidades quilombolas foi adequadamente solucionada pela previsão de prévia desapropriação pelo Poder Público, para transmissão às comunidades. Além disso, a ministra Rosa Weber entende que tratar o artigo 68 do ADCT como usucapião esvaziaria a sua operabilidade. Acompanham a Min. Rosa Weber no entendimento de que o artigo 68 do ADCT não configura hipótese de usucapião, os ministros Edson Fachin, Luis Roberto Barroso e Cármen Lucia.

o conhecimento de recursos extraordinários, por inobservância de requisitos de repercussão geral, prequestionamento e demonstração de violação direta a dispositivos constitucionais. Também foram frequentes mandados de segurança contra atos do Conselho Nacional de Justiça e contra decretos expropriatórios²⁹⁰.

Quatro decisões monocráticas encontradas lidavam com recursos que veiculavam a questão de fundo pesquisada. Entretanto, essas decisões não oferecem contribuição para a pesquisa jurisprudencial, uma vez todas elas decidiram pelo não conhecimento do recurso extraordinário.

No ARE nº 1.130.722/PR, julgado pelo Min. Dias Toffoli, em 10/05/2018, a ausência de prequestionamento dos dispositivos constitucionais indicados como violados impediu o julgamento de mérito sobre usucapião de imóvel urbano com testada inferior à determinada pela legislação municipal²⁹¹.

No AI nº 833.817, julgado em 13/06/2013, em processo para declarar a usucapião constitucional urbano de imóvel de dimensão inferior ao módulo mínimo, o Min. Luiz Fux negou seguimento a recurso extraordinário porque compreendeu que a controvérsia foi

²⁹⁰ As 52 decisões inicialmente descartadas estão listadas abaixo, agrupadas de acordo com seus fundamentos: (a) Denegatória de RE que pretendia reexame de provas (12 decisões): ARE nº 1.193.897/SP, RE nº 802.552/RS, RE nº 1.010.466/SC, ARE nº 1.046.307/MG, ARE nº 1.023.549/SP, ARE nº 1.027.529/MS, ARE nº 1.019.562/RJ, ARE nº 1.012.011, ARE nº 895.953/RS, AI nº 858.918/MG, AI nº 792.076/RS e AI nº 237.918/RS.

(b) Denegatória de RE por ausência de repercussão geral (04 decisões): RE nº 1.208.708/PR, ARE nº 958.439, ARE nº 1.160.747/SP e ARE nº 1.107.513/SP.

(c) Mandado de segurança contra ato do CNJ para cancelamento de registros de imóveis grilados no Pará (14 decisões): MS nº 31.352/DF, MS nº 31.365/DF, MS nº 34.676/PA, MS nº 26.942/DF, MS nº 30.222, MS nº 31.618 MC/DF, MS nº 29.360/DF, MS nº 31.352 MC/PA, MS nº 29.312 MC/DF, MS nº 30.220 MC/PA, MS nº 29.375 MC/PA, MS nº 30.231 MC/DF, MS nº 30.040 MC/DF e MS nº 30.215 MC/DF

(d) Mandado de segurança contra outros atos do CNJ (03 decisões): MS nº 30.016/DF e MS nº 30.330/DF, a respeito de afastamento de servidores, e MS nº 29.522, sobre permuta de unidade notarial.

(e) Mandado de segurança contra decreto expropriatório (04 decisões): MS nº 32.923/DF, MS nº 28.445/SP e MS nº 28.675/DF.

(f) Denegatória de RE por outras razões processuais (11 decisões): RE nº 1.047.355 AgR-ED/SC, por ser embargos de declaração com caráter infringente; RE nº 1.047.355 AgR/SC, por contrariedade à súmula e acórdão em julgamento de casos repetitivos; MS nº 34.250 MC-AgR/DF, prejudicado por denegação do MS; ARE nº 1.053.459/SP, por ausência de prequestionamento; AI nº 244.279/RS, por ausência de prequestionamento e impossibilidade de reexame das provas; ARE nº 990.234/SP, ARE nº 978.969/SP, ARE nº 925.051/SP, ARE nº 891.119/RJ, por ausência de ofensa direta à Constituição e impossibilidade de reexame de provas; RE nº 236.471/RS e AI nº 806.597/PB, por deficiência de fundamentação de recurso.

(g) Outros temas (04 decisões): RE nº 576.390/PR sobre titularidade de bem desapropriado; RE nº 184.195/MG sobre aposentadoria especial; RE nº 285.615/SC, a respeito da possibilidade de usucapião em ilha costeira, em razão da inexistência de presunção da natureza devoluta da área); ADI nº 5.883 MC/DF, decisão de adoção de rito abreviado em ADI.

²⁹¹ ARE nº 1.130.722/PR, Recurso Extraordinário com Agravo, Relator: Min. Dias Toffoli, julgado em 10/05/2018 e publicado no DJe em 25/05/2018.

decidida à luz de normas infraconstitucionais, desse modo, inexistiria violação direta à Constituição. Ademais, as razões do recurso envolviam matéria fática, impossível de ser reexaminada em sede de recurso extraordinário²⁹².

Por ocasião do julgamento do RE nº 614.353/ES, em 12/09/2012, o Min. Luiz Fux negou seguimento a recurso em processo para declarar usucapião constitucional rural de imóvel com área inferior ao módulo mínimo. O recurso não foi conhecido por ausência de prequestionamento do dispositivo constitucional violado. A apontada violação dependeria da análise de legislação infraconstitucional, o que revela violação reflexa ou oblíqua. Além disso, entendeu-se que o recurso teria o escopo de reexame de provas, impossível na sede recursal²⁹³.

Ao decidir o AI nº 819.713/RJ, em decisão de 28/11/2010, a Min. Cármen Lúcia negou seguimento a recurso extraordinário que versava sobre usucapião constitucional urbano, que resultaria em divisão de imóvel em parcelas inferiores ao módulo mínimo. O recurso não foi conhecido porque dependeria da análise da Lei nº 6.766/1979, o que revela violação reflexa ou oblíqua. Além disso, a ministra entendeu que o recurso teria o escopo de reexame de provas, impossível na sede recursal²⁹⁴.

As quatro decisões monocráticas restantes contribuem para a pesquisa jurisprudencial: ARE nº 990.295/RJ, ARE nº 989.081/RJ, RE nº 806.722/RJ e AI nº 832.718/RJ. Como será exposto no item a seguir, destinado à análise qualitativa dos resultados, as quatro decisões enfrentam a questão pesquisada ao tratar do mérito da causa. Em todas elas, os julgadores entenderam ser aplicável a tese fixada no precedente formado pelo RE nº 422.349/RS.

A questão de ordem apontada como resultado está presente no julgamento do RE nº 422.349/RS, levantada pelo Min. Marco Aurélio, que questiona se a solução do caso dependeria da declaração de inconstitucionalidade de lei municipal. A questão será melhor debatida no item seguinte destinado à avaliação qualitativa dos resultados.

²⁹² AI nº 833.817/RJ, Agravo de Instrumento, Relator: Min. Luiz Fux, julgado em 13/06/2013 e publicado no DJe em 20/06/2013.

²⁹³ RE nº 614.353/ES, Recurso Extraordinário, Relator: Min. Luiz Fux, julgado em 12/09/2012 e publicado no DJe em 19/09/2012.

²⁹⁴ AI nº 819.713/RJ, Agravo de Instrumento, Relatora: Cármen Lúcia, julgado em 28/11/2010 e publicado no DJe em 06/12/2010.

Aprofundando a pesquisa, para encontrar julgados que tratassem da usucapião de imóveis com irregularidades ambientais, foi realizada, em 19/07/2019, a busca pelos parâmetros “usucapião E ambient\$”, sem restrição temporal, por todos os tipos de decisões, exceto os informativos de jurisprudência.

Retornaram 06 acórdãos, todos descartados por não tratarem do tema pesquisado²⁹⁵, e 54 decisões monocráticas, das quais 46 foram descartados²⁹⁶.

Apesar de as 08 decisões remanescentes tratarem de casos de usucapião de imóveis em irregularidade ambiental, com possibilidade de contribuir efetivamente para investigação de sua possibilidade, 05 foram descartadas, ARE nº 984.812/PR, ARE nº 953.999/PR, ARE

²⁹⁵ Os seis acórdão são: (a) o AI nº 31.559/SP e AI nº 211.829 AgR/SP, a respeito da impossibilidade de usucapião de bens públicos; (b) a ADI nº 2.990-8/DF sobre dispensa de licitação na venda de terrenos públicos em regularização de loteamento irregular; (c) o RE nº 636.199 sobre a taxa de ocupação em terrenos de marinha; (d) o ARE nº 953.999 AgR/PR, não conhecido porque deixa de atacar os fundamentos da decisão agravada, segundo a ementa pois o inteiro teor estava indisponível; (e) e a ADI nº 3239/DF sobre demarcação de terras ocupadas por remanescentes de comunidades dos quilombos.

A ADI nº 2.990-8/DF avalia a constitucionalidade do artigo 3º, *caput* e §§, da Lei nº 9.262 de 1996 do Distrito Federal, destinada à regularização de loteamentos irregulares formados nos limites de áreas de proteção ambiental da Bacia do Rio Bartolomeu. Foi questionada a constitucionalidade da venda direta aos ocupantes, sem observação dos procedimentos da Lei nº 8.666 de 1993, em face do art. 37, XXI da Constituição Federal de 1988. A ação foi julgada improcedente pela maioria dos votos. Embora a discussão esteja centrada na pertinência do processo licitatório, os debates expressam preocupações com a possibilidade de a decisão representar um estímulo às ocupações ambientalmente irregulares.

“Essa é o grande problema. Em São Paulo, hoje, não existe mais água para beber porque a invasão dos mananciais se deu dessa forma e, agora, corre-se atrás da convalidação dessa ocupação irregular, tanto para as pessoas de baixa renda quanto para os industriais e proprietários de grandes glebas etc. Essa é a minha preocupação” (Min. Ricardo Lewandowski). “Ou seja, legalizam-se os condomínios, mas com preservação dos mananciais” (Min. Carlos Britto). ADI nº 2.990, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2007 e publicado em 24/08/2007.

²⁹⁶ As 46 decisões inicialmente descartadas estão listadas abaixo, agrupadas de acordo com o tema principal debatido:

(a) Usucapião de bens públicos (19 decisões): ARE nº 1.202.451/RS, ARE nº 1.185.356, ARE nº 1.171.781, ARE nº 1.120.449/DF, RE nº 114.215/ES, RE nº 1.098.495/SC, ARE nº 980.632/SP, ARE nº 756.173/DF, AI nº 772.858/SP, AI nº 834.937/MG, ARE nº 713.400/RS, RE nº 707.405/RS, RE nº 713.770/SC, RE nº 595.930/RS, AI nº 842.292/RS, RE nº 613.731/DF, RE nº 628.290/DF, AI nº 660.771/RS e AI nº 672.177/SC. Duas das decisões, RE nº 114.215/ES e AI nº 834.937/MG, até relatavam argumentos laterais das partes sobre a impossibilidade de usucapião em área de preservação ambiental, mas eram subsidiários com relação à defesa principal da imprescritibilidade dos bens públicos. Como o debate não é considerado nas razões dos recursos, eles foram descartados.

b) Competência da justiça federal (05 decisões): RE nº 1.047.355 AgR-ED/SC, RE nº 1.047.355 AgR / SC, RE nº 922.698/PE, RE nº 601.838/PR e AI nº 348.547/SP;

c) Desapropriação (06 decisões): MS nº 32923/DF, RE nº 567762/SP, MS nº 286.675/DF, AI nº 705.008/SP, AI nº 763.907/SC e ARE nº 932.727/ES.

d) MS contra atos do CNJ (04 decisões): MS 33.091 MC/DF, MS 33.081 MC/DF, MS 28.185 MC/DF, MS 29.312 MC/DF

e) Outros assuntos (11 decisões): ACO nº 945/TO sobre alienação a *non domino* de bem público; RE nº 1.159.245/MG sobre rompimento de barragem em Mariana-MG; ARE nº 1.150.204/MA, ARE nº 1.150.229/MA, AI nº 813121/RS sobre taxa de ocupação em terreno de marinha; ARE nº 1.137.252/SP sobre processo de discriminação de terra devoluta; MS nº 34.250 MC-AgR sobre processo de demarcação indígena, ADI nº 5.883 MC / DF sobre a regularização fundiária, RE nº 1.102.730 / RO sobre impossibilidade de revisão de provas; ACO nº 1191/RR sobre concurso público e ARE nº 981.971/SP sobre responsabilidade ambiental.

nº 937.372/PR, RE nº 795.715/RS e ARE 873570, porque os julgadores decidiram não conhecer o recurso, de modo que não foram realizadas considerações sobre a matéria²⁹⁷.

Nas três decisões monocráticas restantes, RE nº 1.200.480/SC, RE nº 605.658/RS e RE 953.717/SP, os julgadores também não conhecem os recursos apresentados, mas oferecem uma pequena contribuição para a pesquisa, porque suas razões realizam considerações sobre a matéria de fundo. Portanto, as decisões serão avaliadas no item subsequente.

3.2.2 Avaliação qualitativa das decisões do Supremo Tribunal Federal

O RE nº 422.349/RS pretendia reformar o acórdão da 20ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que impediu a declaração de usucapião constitucional urbano sobre imóvel porque sua área era inferior à metragem mínima de terrenos residenciais, determinada por legislação municipal.

O RE nº 422.349/RS foi distribuído para julgamento pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, sob relatoria do Min. Dias Toffoli. Entretanto, pela suscitação de questão de ordem do Min. Marco Aurélio, que observou que a matéria envolvia conflito entre lei municipal e a Constituição, sob a ótica da inconstitucionalidade, o julgamento do recurso foi levado ao Plenário.

Em 19/12/2014, então, o Plenário decidiu, por maioria dos votos, dar provimento ao recurso, nos termos do voto relator, ficando vencidos os Ministros Marco Aurélio, Roberto Barroso e Celso de Mello. Foi decidido, ainda, reconhecer a repercussão geral da matéria com a aprovação da seguinte tese: “preenchidos os requisitos do art. 183 da Constituição Federal, o reconhecimento do direito à usucapião especial urbana não pode ser obstado por

²⁹⁷ O ARE nº 984.812/PR, ARE nº 953.999/PR, ARE nº 937.372/PR e ARE nº 873.570 pretendiam dar seguimento a recurso extraordinário inadmitido, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná que indeferiu pedido de usucapião em loteamento irregular, sobre imóvel inferior ao módulo mínimo, em local de preservação permanente de Curitiba/PR. O acórdão considerou a relevância do interesse público na qualidade do abastecimento da região metropolitana. Os julgadores decidiram não dar seguimento ao recurso, por entender que discordar do acórdão demandaria reapreciação da matéria probatória. No RE nº 795.715/RS acerca da usucapião de imóvel situado em área de preservação ambiental, o recurso também não foi conhecido por inviabilidade de análise do conjunto fático-probatório dos autos.

legislação infraconstitucional que estabeleça módulos urbanos na respectiva área em que situado o imóvel (dimensão do lote)”.

Os fundamentos apresentados pelo voto do Min. Dias Toffoli, que conduz o acórdão, estão centrados na ideia de superior hierarquia da regra constitucional sobre a usucapião, a qual não poderia deixar de se aperfeiçoar por limitação infraconstitucional.

No voto, há somente uma curta menção lateral ao caráter originário da aquisição, restrita à observação: “até porque – ressalte-se – trata-se de modo originário de aquisição de propriedade”. Posteriormente, em explicações orais, a natureza originária da usucapião foi novamente mencionada pelo ministro²⁹⁸.

Fazendo alusão à doutrina de Benedito Silvério Ribeiro, o relator considerou que a usucapião concretiza função social da propriedade, ao viabilizar o acesso dos mais humildes à moradia, o que leva a contornar regramentos urbanísticos sem o rigor presente nos parcelamentos do solo. Também é mencionada a doutrina de Celso de Bastos que afasta a incidência da legislação de módulos nas usucapiões constitucionais.

A questão de ordem levantada foi afastada pelo Min. Dias Toffoli, que esclareceu, em seu voto e em explicações orais, que a decisão não declara inconstitucional a lei municipal. A inconstitucionalidade está presente somente no acórdão que deixou de reconhecer direito constitucionalmente previsto.

Acompanharam o voto do relator, os Min. Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux e Ricardo Lewandowski.

O voto do Min. Teori Zavascki acompanha o voto relator e reforça a centralidade do argumento da superior hierarquia do dispositivo constitucional, ao consignar que a legislação municipal fica preservada, com a ressalva das aquisições em usucapião constitucional²⁹⁹.

O Min. Luiz Fux concluiu que inércia do Município em suas atribuições de ordenação territorial leva à consolidação das situações irregulares pelo decurso de tempo, quando

²⁹⁸ “Eu não estou declarando inconstitucional a lei municipal [Até porque essa lei continuará hígida para regular os loteamentos e os parcelamentos de solo daquele Município]. Estou dizendo que, por se tratar de modo de aquisição originário, estou reconhecendo o direito [No caso concreto, com base no art. 183 da Carta.]” (trecho do voto do Min. Dias Toffoli).

²⁹⁹ “Ou seja, manter-se-ia a legislação municipal, exceto nos casos em que incide coercitivamente a força superior da Constituição. De modo que isso é possível preservar” (trecho do voto do Min. Teori Zavascki).

atendidos os requisitos da usucapião constitucional urbana. Foi considerada a relevância da questão que envolve o direito social de moradia e a função social da propriedade. Citando a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho, observa que, muitas vezes, a urbanização irregular é irreversível. Desse modo, a regularização dominial torna-se medida mais adequada, de que a usucapião é importante instrumento.

A dissidência dos Ministros Luis Roberto Barroso e Celso de Mello restringe-se à determinação de remessa dos autos ao juízo de origem para que verifique a presença dos requisitos da usucapião, pois entendeu que as instâncias ordinárias não tiveram oportunidade de constatá-los. Quanto à tese proposta, o Min. Celso de Mello reforça a centralidade do argumento hierárquico, de modo que a usucapião constitucional não poderia ser inviabilizada por legislação local.

O Ministro Marco Aurélio foi o único a discordar da possibilidade de usucapião de imóveis inferiores ao módulo mínimo urbano. Ele considerou que, embora a propriedade seja adquirida livre de ônus, como hipotecas e penhoras, ela se submete à lei, como qualquer outra atividade. Portanto, a propriedade urbana também deve atender a sua função social, cumprindo exigências do plano diretor (art. 39 do Estatuto da Cidade).

O ministro propõe uma solução capaz de conciliar os interesses envolvidos em tensão: de um lado, o interesse na ordenação urbanística; de outro, o direito à propriedade pela usucapião. Distinguindo a disciplina de aquisição do domínio do regramento relativo à sua utilização, ele julga que o pedido de usucapião deve ser acolhido, mas o imóvel não poderá constituir matrícula autônoma. Será atribuída ao adquirente uma fração ideal do terreno proporcional à área ocupada³⁰⁰.

A solução proposta é criticável. A restrição ao exercício de propriedade que impede a abertura de matrícula autônoma para a área ocupada não possui qualquer utilidade para

³⁰⁰ “[...] afastar a usucapião da propriedade urbana por ser inferior ao módulo mínimo estabelecido no plano diretor contraria o artigo 183 da Lei Maior, pois cria requisito não previsto pelo constituinte para a aquisição do bem.

De um lado, admitir simplesmente que o adquirente da propriedade urbana exerça domínio sobre o imóvel ao arrepio das normas de ordenação da cidade implica ofensa aos artigos 5º, inciso XIII, e 182, cabeça e § 4º, da Constituição de 1988. Consideradas as balizas constitucionais do direito de propriedade, não se pode negar que o imóvel urbano adquirido por usucapião, com base no artigo 183 da Carta Federal, também deve atender às exigências de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Se assim não o for, far-se-á tábula rasa dos citados preceitos dos artigos 5º, inciso XIII, e 182, cabeça e § 4º, do Diploma Maior, em prejuízo do interesse coletivo” (trecho do voto do Min. Marco Aurélio).

melhorar as condições de habitualidade afetadas pela inobservância das regras do plano diretor.

Na prática, será estabelecido um condomínio *pro-diviso*, em que os condôminos exercem seus poderes dominiais sobre áreas localizadas em frações reais. O suposto atendimento ao plano diretor será apenas de ordem formal.

Além disso, a solução pretende estabelecer um condômino entre o usucapiente e o usucapido. Ou seja, existe uma possível lide na origem do condômino, o que potencializa as tensões recorrentes nesse instituto, como bem expressa o brocado “*condominium est mater rixarium*”.

O julgamento do RE nº 422.349/RS permitiu a fixação de tese no sentido de que o reconhecimento do direito à usucapião constitucional urbana não pode ser obstado por legislação infraconstitucional que estabeleça módulos mínimos. Isso leva ao questionamento se a tese se aplica às demais modalidades de usucapião e se ela se aplica às demais regras conformadoras da função social da propriedade, como as limitações ambientais.

A leitura dos votos revela a centralidade nas razões da decisão, do argumento de superior hierarquia do art. 183 da Constituição Federal. Por essa lógica, a tese seria extensível apenas à usucapião constitucional rural.

Sobre a aplicabilidade da tese em usucapiões de imóveis que desatendem outras regras conformadoras da função social do imóvel, os ministros tiveram oportunidade de debater sobre a redação da tese, discutindo se ela abarcaria todas as limitações infraconstitucionais ou se ela se limitaria à regra de dimensão do lote.

Considerando as contribuições de especialistas em Direito Ambiental e Urbanístico, os julgadores entenderam mais adequado manter a tese atrelada ao caso concreto, que dizia respeito ao tamanho do imóvel. As restrições relativas a áreas de risco e de proteção ambiental possuem implicações próprias que não puderam ser avaliadas no julgamento do recurso extraordinário.

Desse modo, é possível concluir que a tese não é aplicável para solucionar outros casos de usucapião que desatendem regras de ordenação urbana e ambiental.

O julgamento do RE nº 422.348/RS viabilizou a formação de precedente aplicável nos julgamentos posteriores de recursos em casos similares, pelo Supremo Tribunal Federal.

O ARE nº 990.295/RJ foi julgado monocraticamente pela Ministra Cármen Lúcia, em 26/08/2016, e publicado no DJe em 31/08/2016. O agravo recorria de decisão de inadmissão de recurso extraordinário interposto em fase de Apelação do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

O tribunal fluminense havia reformado sentença que não reconhecia a usucapião de imóvel porque sua área era inferior à exigida pela lei municipal de zoneamento. O acórdão da apelação entendeu que a lei municipal não impede a usucapião, com base na possibilidade de reunião do imóvel usucapido com o terreno vizinho, para atingir o módulo mínimo ou pela possibilidade de que o imóvel estivesse inserido em planta de interesse social.

A ministra Carmen Lúcia negou seguimento ao recurso, por impossibilidade de reexame de provas e ausência de contrariedade em relação à Constituição Federal, que, se ocorresse, seria indireta. Entretanto, a decisão realiza consideração sobre o mérito, ao observar que a decisão do tribunal fluminense converge com a tese firmada no precedente formado pelo RE nº 422.349/RS.

O ARE nº 989.081/RJ foi julgado monocraticamente pelo Ministro Celso de Mello, em 23/08/2016, sendo publicado no DJe de 31/08/2016. O agravo se refere a recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que, em sede de Apelação, confirmou sentença que impediu a usucapião de imóvel porque suas dimensões eram inferiores ao módulo urbano estabelecido em legislação municipal. Do contrário, o Poder Judiciário estaria chancelando o crescimento desordenado da urbe, em dissonância com o princípio da função social da propriedade urbana, sintetizável ao atendimento das exigências de ordenação expressa no plano diretor.

O Ministro Celso de Mello considerou que o acórdão impugnado divergia da tese firmada no precedente formado pelo RE nº 422.349/RS. Desse modo, deu provimento ao recurso extraordinário e julgou procedente a usucapião especial pleiteada pela recorrente, nos termos do art. 932, V, “b”, CPC.

A mesma solução foi aplicada no RE nº 806.722/RJ, julgado monocraticamente pelo Min. Dias Toffoli, em 22/08/2016, e publicado no DJe em 09/09/2016. O processo

inicialmente ingressou no Supremo Tribunal Federal, por meio do AI nº 832.718/RJ, julgado em 16/12/2013, contra decisão denegatória de recurso extraordinário. Reconhecendo que o mérito já era objeto de análise do RE nº 422.349/RS, com julgamento ainda pendente, o Min. Dias Toffoli deu provimento ao agravo, para admitir o recurso extraordinário que recebeu a numeração RE nº 806.722/RJ.

O recurso buscava a reforma de acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que confirmava sentença de extinção de processo por impossibilidade jurídica do pedido de declaração de usucapião de imóvel inferior ao módulo urbano. O relator Min. Dias Toffoli compreendeu que o acórdão divergia de orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 422.349/SP, razão pela qual deu provimento ao recurso, nos termos do art. 932, V, CPC, determinando o retorno dos autos para prosseguimento do feito³⁰¹.

Como as três decisões monocráticas acima cuidam de usucapião constitucional urbana de imóvel com área inferior ao módulo mínimo, não é possível concluir se a tese fixada no julgamento do RE nº 422.349 é aplicável às demais modalidades de usucapião.

Passando para a análise de decisões que debatem a usucapião de imóveis com irregularidade ambientais, o RE nº 1.200.480/SC pretendia reformar acórdão do Tribunal Regional Federal da Quarta Região que impediu usucapião de imóvel em razão de sua localização em terreno da Marinha, mas afastando os argumentos da União de que a presença de área de preservação permanente impediria a aquisição.

Em decisão da Min. Cármen Lúcia, o recurso não foi conhecido por inexistência de repercussão geral, mas foi considerado que a caracterização de parte do imóvel como área de preservação permanente não impede a aquisição, porque a limitação administrativa é compatível com o domínio privado. Contudo, o proprietário deverá atender às regras de preservação e conservação do sistema natural ao exercer seu domínio³⁰².

³⁰¹ “Na ocasião, assentei que a desconformidade da metragem do imóvel com normas e posturas municipais que disciplinam os módulos urbanos em sua respectiva área territorial não podem obstar a implementação de direito constitucionalmente assegurado a quem preencher os requisitos para tanto exigidos pela Carta da República. Ressaltei, ainda, que não se estaria, naquela oportunidade, declarando a inconstitucionalidade de qualquer norma municipal, a qual jamais foi revelada nos autos, mas tão somente reconhecendo que o Tribunal de origem teria deixado de reconhecer direito expressamente previsto no art. 183 da Constituição Federal. Com efeito, o acórdão recorrido divergiu da orientação fixada na Corte na medida em que manteve a sentença de primeiro grau que julgou extinto o processo sob o fundamento da impossibilidade jurídica do pedido de usucapir imóvel com área inferior à metragem mínima fixada pela legislação urbanística municipal” (RE nº 806.722/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 22/08/2016 e publicado em 08/09/2016).

³⁰² RE nº 1200480/SC, Relatora: Min. Cármen Lúcia, julgado em 16/04/2019, publicado em 24/04/2019.

O mesmo entendimento foi expresso pela Ministra no RE nº 605.658/RS, em que, apesar de decidir pelo não conhecimento do recurso, por ofensa indireta à Constituição e impossibilidade de reexame do conjunto probatório, é observada a possibilidade de usucapião em área de preservação permanente³⁰³.

O RE nº 953.717/SP foi interposto em face do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que desproveu a apelação e manteve a sentença que declarou a usucapião de propriedade urbana, considerando irrelevante a discussão sobre a localização do imóvel em área de manancial.

O Min. Edson Fachin decidiu não conhecer o recurso, por ausência de repercussão geral, impossibilidade de interpretação da lei infraconstitucional e de reexame das provas. Entretanto, comentou sobre o acerto da decisão, mencionando a tese fixada no RE nº 422.349, relacionando-a com a legislação infraconstitucional em geral, sem restringi-la às regras de módulo mínimo urbano³⁰⁴.

3.2.3 Parâmetros de pesquisa e avaliação quantitativa das decisões do Superior Tribunal de Justiça

A pesquisa foi realizada no site do Superior Tribunal de Justiça, em 17 de julho de 2019, por todas as modalidades de decisões e documentos disponíveis na base de dados, com a exceção dos informativos de jurisprudência (acórdão, súmula e decisão monocrática), sem delimitação de tempo.

A busca inicial associou os verbetes e operadores: usucapião E (módulo OU dimens\$ OU tamanho OU metragem), da qual resultaram 14 acórdãos e 481 decisões democráticas. De início, 6 acórdãos foram descartados porque tratavam de questões diversas da pesquisa³⁰⁵. Outros 2 acórdãos não puderam ser aproveitados por decidirem pelo não

³⁰³ RE nº 605.658/RS, Relatora: Min. Cármen Lúcia, julgado em 01/02/2010 e publicado em 22/02/2010.
RE nº 605.658/RS, Relatora: Min. Cármen Lúcia, julgado em 01/02/2010 e publicado em 22/02/2010.

AgInt no ARESP nº 216545/RJ sobre a regularidade de citações de confrontantes em ação de usucapião; o AgRg no AREsp 276.027/RS e o AgRg no AREsp 418.598/RS a respeito da usucapião constitucional urbano de imóvel maior do que 250 metros quadrados; o REsp nº 944.403/CE que trata da impossibilidade de alteração do pedido de reconhecimento da usucapião após a decisão saneadora; o AgRg nos EDcl no REsp nº 1.041.573/RN sobre usucapião do domínio útil em terreno foreiro; e o REsp nº 171.347/SP a respeito da usucapião de imóvel rural por estrangeiro.

conhecimento dos recursos, sem adentrarem no mérito, apesar de o relatório informar que a questão pesquisada chegou a ser argumentada pelos recorrentes³⁰⁶.

Desse modo, foram selecionados seis acórdãos para a avaliação qualitativa. Em ordem cronológica crescente, são eles: REsp nº 402.792; AgRg nos EDcl no Agravo de Instrumento nº 1.407.458; REsp nº 1.040.296; REsp nº 1.360.017; ProAfR no REsp nº 1.667.842 e ProAfR no REsp nº 1.667.843, sendo os dois últimos decididos conjuntamente.

Como somente 10 das 50 primeiras decisões monocráticas avaliadas tratavam da matéria pesquisada, para racionalizar a pesquisa, foi feita nova busca por decisões monocráticas, pelos seguintes verbetes e operadores: usucap\$ COM (módulo OU dimens\$ OU tamanho OU metragem) E (inferior OU menor).

Resultaram 91 decisões, das quais 49 foram inicialmente descartadas porque não abordavam o tema estudado³⁰⁷. Outras 17 decisões foram descartadas, porque se limitam a resolver questões processuais decorrentes da escolha do REsp nº 1.667.842 como representativo da controvérsia sobre a usucapião de imóvel menor do que o módulo mínimo urbano, para ser afetado ao rito de recursos especiais repetitivos³⁰⁸. Outras 11 decisões

³⁰⁶ AgRg no REsp nº 1.509.376/AL e o REsp 150.241/SP.

³⁰⁷ As decisões monocráticas rejeitadas, organizadas por assunto, foram: (a) limite máximo de 250 metros quadrados para usucapião constitucional rural (12 decisões): EDcl no AREsp nº 1.057.373; AREsp nº 1.236.806; AgInt no AREsp nº 1.057.373; AREsp nº 739.673; AREsp nº 877.467; REsp nº 1.316.830, AgRg no AREsp 309.144; AREsp nº 516.839, REsp nº 951.770; AREsp nº 347.178; Ag 1.309.492; Ag 1.043.014; (b) defesa fundada em usucapião (5 decisões): REsp nº 174.1642, REsp nº 1.576.750, AREsp nº 1.121.594, AREsp nº 826.487, AREsp nº 192.867, AREsp nº 148.226, AREsp nº 1.326.093, (c) decisões de não conhecimento do recurso, sem que os julgadores tenham feito qualquer consideração do mérito, apesar dos recorrentes terem suscitado a questão pesquisada (05 decisões): AREsp nº 985.378, AREsp nº 631.526, Ag nº 1.385.421, AREsp 406.633 e AREsp 196.953; (d) usucapião como defesa (06 decisões): AREsp nº 811.863, REsp nº 1.741.642, REsp nº 1.576.750, AREsp nº 1.121.594, AREsp nº 826.487 e AREsp nº 192.867; (d) usucapião de bens públicos (04 decisões) AREsp nº 1.171.235, AREsp nº 974.553, REsp nº 1.517.586 e REsp nº 1.326.363; (e) outros temas (18 decisões): AREsp nº 1.258.011 (ação demarcatória); REsp 1.576.671 (alteração de memorial após citação); AREsp nº 1.489.173 e REsp 1.117.080 (animus domini); AREsp nº 1.109.290 (requisito de imóvel único); REsp nº 1.611.155 (compra e venda); REsp nº 1.609.175 (omissão em acórdão); Ag nº 1.097.364 (dano ambiental); AREsp nº 410.924 (georreferenciamento); AREsp nº 567.795 (indefinição tamanho imóvel); REsp nº 1.642.395, AREsp nº 007.813 e AREsp nº 1.222.545 (suficiência de provas da usucapião); AREsp nº 1.323.473 (justiça gratuita); AgInt no AREsp 1.026.081 (área menor apurada em perícia); AREsp nº 939.763 (reconhecimento parcial da usucapião); AgInt no AREsp 1.147.052 (rescisão contratual); AREsp nº 1.336.276 (requisitos da usucapião); AREsp nº 148.226 (usucapião da herança jacente); AREsp nº 1.326.093 (usucapião contra exequente); AREsp nº 1.434.400 (resolução de contrato) e REsp nº 1.638.207 (inépcia de petição inicial sem planta).

³⁰⁸ (a) Suspensão e devolução dos autos à origem, para aguardar solução do recurso representativo (11 decisões): REsp nº 1.655.886, REsp nº 1.631.218, AREsp nº 1.395.843, AREsp nº 1.420.637, AgInt no REsp 1.632.734 (sobre usucapião rural), AgInt no REsp nº 1.581.248 (sobre área e testada), REsp nº 1.657.529, REsp nº 1.620.588, AREsp 539.572, AREsp nº 530.039 e AREsp nº 421.419; (b) Despachos decorrentes da adoção do rito (06 decisões, duas para cada processo no STJ): REsp nº 1.677.842, REsp nº 1.677.843 e REsp nº 1.677.844.

foram descartadas porque, apesar de julgarem recursos que veiculam a questão da usucapião de imóvel inferior ao módulo, não trazem, em seus fundamentos, apreciação da matéria, pois, na maioria dos casos, decide pelo não conhecimento do recurso³⁰⁹. Foram selecionadas, portanto, 17 decisões monocráticas para avaliação qualitativa³¹⁰.

3.2.4 Avaliação qualitativa das decisões do Superior Tribunal de Justiça

O REsp nº 402.792/SP, o mais antigo encontrado, julgado em 06/12/2004, pretendia reformar acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que indeferiu reconhecimento de usucapião extraordinário de imóvel urbano inferior ao módulo mínimo municipal. A Quarta Turma decidiu negar provimento ao recurso, por unanimidade, nos termos do voto do relator Min. Jorge Scartezzi, em que foram acolhidos os argumentos de que a usucapião não poderia se prestar a ser meio reflexo de violação às normas de parcelamento do solo e de que haveria um vício no próprio direito que se pretende reconhecer³¹¹.

O AgRg nos EDcl no Agravo de Instrumento nº 1.407.458 foi julgado improcedente pela Terceira Turma, em 14/05/2013, por unanimidade, nos termos do voto do relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino, fundamentado na ausência de prequestionamento e impossibilidade de reforma, por meio de recurso especial de acórdão lastreado em lei municipal³¹².

As razões de mérito se limitam à afirmação de que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de impossibilidade de usucapião de imóvel inferior ao módulo urbano ou rural, transcrevendo as ementas de julgamento do REsp nº 402.792 e o

³⁰⁹ AREsp nº 857.712 (ausência de demonstração do dissídio jurisprudencial), REsp nº 1.305.576 (via inadequada para discussão constitucional), AREsp nº 344.548 (fundamentação deficiente), AREsp nº 393.035 (impossibilidade do reexame probatório), AREsp nº 595.362 (decisão recorrida baseada em lei local), AREsp nº 343.514 (o recurso veicula o tema, mas este não é tratado pelas razões da decisão monocrática), REsp nº 1.204.876 (ausência de prequestionamento), AgRg no AREsp 019.565 (autoriza seguimento de recurso especial sem fazer considerações do mérito), Ag nº 1.158.278 (fundamentação insuficiente), REsp nº 1.447.696 (fundamentos não fazem considerações sobre o tema pesquisado) e AREsp nº 1.236.498 (fundamentação insuficiente).

³¹⁰ Foram selecionados para avaliação qualitativa: AREsp nº 1.477.939, AREsp nº 1.467.835, AREsp nº 1.465.305, AREsp nº 1.426.157, REsp nº 1.622.399, AREsp nº 1.112.533, REsp nº 1.206.816, AREsp 597.761, REsp nº 1.632.734, REsp nº 1.581.248, REsp nº 1.631.961, AREsp nº 767.652, REsp nº 1.430.871, AREsp 233.821, AREsp nº 513.361, REsp 1.289.334 e Ag nº 1.407.458.

³¹¹ REsp nº 402.792/SP, Rel. Ministro Jorge Scartezzi, Quarta Turma, julgado em 26/10/2004, publicado no DJ de 06/12/2004.

³¹² AgRg nos EDcl no Ag nº 1407458/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 07/05/2013, publicado no DJ de 14/05/2013.

do Resp nº 150.241. Não foi observado que o último acórdão decidiu pelo não conhecimento do recurso, sem efetivar qualquer consideração a respeito da usucapião.

O julgamento do REsp nº 1.040.296, em 02/06/2015, alterou o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, no âmbito da própria Quarta Turma. Prevaleceu o entendimento de possibilidade de usucapião constitucional rural de imóvel inferior ao módulo mínimo rural, por maioria dos votos, nos termos do voto do Min. Luís Felipe Salomão, vencidos os votos do relator Min. Marco Buzzi, acompanhado da Min. Maria Isabel Galloti³¹³.

Iniciando o julgamento, o voto do relator Min. Marco Buzzi observa que a usucapião rural possui a finalidade de fixar o homem no campo, consagrando o princípio agrarista de que deve ser dono da terra quem houver nela frutificado com seu esforço e estabelecido sua família.

É transcrita a mensagem ao Executivo que acompanhava o projeto que resultou na Lei nº 6.969/81, a respeito da usucapião especial em imóveis rurais, para demonstrar que, na evolução legislativa do instituto, está presente a preocupação em evitar o parcelamento da terra em minifúndios. Pela mensagem, a ausência de regra sobre a área mínima em usucapião resulta da intenção de evitar delongas nas discussões para determinar o módulo rural, o que poderia ser definido caso a caso.

O voto relator observa que o conceito de módulo é ínsito ao de propriedade familiar. A unidade representa a área mínima em condições para o produtor e sua família torná-la produtiva, possibilitando-lhes subsistência digna e progresso socioeconômico, o que dialoga como os princípios de dignidade humana e função social da propriedade. Por isso, o art. 65 da Lei nº 4.504 de 1964 proíbe o parcelamento do imóvel em dimensão inferior ao módulo rural.

O conceito foi substituído pela Lei nº 5.868 de 1972, cujo art. 8º estabelece o critério alternativo do módulo rural e da fração mínima de parcelamento, prevalecendo o menor. A fração mínima de parcelamento é definida como área mínima parcelável para constituição de nova unidade agrícola, correspondente ao módulo de exploração hortigranjeira, para

³¹³ REsp nº 1.040.296/ES, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/06/2015, publicado no DJe de 14/08/2015.

capitais de Estados, de cultura permanente para municípios das chamadas zonas A, B e C e de pecuária para os municípios da chamada zona D.

Subsiste no conceito de fração mínima de parcelamento a finalidade de evitar o fracionamento irracional da terra em parcelas incapazes de proporcionar subsistência e progresso econômico ao grupo familiar que a explora.

O voto relator considera que a usucapião constitucional rural também tem fundamento na efetivação da função social da propriedade. Mas esse objetivo se perderia quando a aquisição recaísse sobre área insuficiente para subsistência e progresso da família.

Apesar de o art. 191 da Constituição Federal não estabelecer área mínima, as disciplinas da fração mínima de parcelamento e de módulo rural encerram premissas de política agrária essenciais para combater distorções fundiárias como a proliferação de minifúndios³¹⁴.

Por essas razões, além das preocupações com a possibilidade de a usucapião ser utilizada como meio de fraude à disciplina de parcelamentos, o relator votou pelo não provimento do recurso.

O voto do Min. Luís Felipe Salomão abriu a divergência que restou por conduzir o acórdão. O voto constata que a usucapião constitucional rural é instrumento de política agrária, cujo fundamento é a função social, como forma de recompensar o possuidor que efetiva posse-trabalho. Para ocorrência desta modalidade de usucapião, a exploração econômica e racional da terra é requisito essencial.

³¹⁴ “Assim, a adoção de entendimento contrário implicaria a subversão dos critérios técnicos e pressupostos ideológicos que cumprem ser fixados pelos poderes constitucionalmente incumbidos para tanto, os quais, legítima e eficazmente os estabeleceram, atentos à função social do uso da terra e à viabilidade concreta da obtenção de meios para subsistência digna da unidade familiar, ante a real possibilidade da exploração rural do imóvel garantir meios efetivos de subsistência”. Trecho do voto do Min. Marco Buzzi, REsp nº 1.040.296/ES, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta-turma, julgado em 02 de junho de 2015, publicado no DJe em 14/08/2015. As razões relacionadas com a função social da propriedade também são utilizadas pelo voto da Min. Maria Isabel Gallotti: “Se admitirmos a usucapião de áreas tão pequenas, com impossibilidade de formalização da aquisição da propriedade por meio do registro imobiliário, que é o instrumento necessário para que haja domínio, atingir-se-á uma consequência que é exatamente aquela que o sistema legal procura inibir: o fracionamento da terra em áreas que são incompatíveis com a função social da propriedade, ou seja, tentando alcançar um benefício para alguns indivíduos se chega a um resultado socialmente nocivo de praticamente acabar com o módulo rural, com a fração mínima de divisão da propriedade que o sistema legal concebeu para cada região”.

Para o Ministro, mais importante do que a área mínima é constatação do requisito da posse-trabalho, capaz de efetivar a função social da propriedade. Isso converge para o fato de que a Constituição Federal e a lei não estabeleceram limites mínimos de área a ser adquirida ao tratar da usucapião³¹⁵.

Por fim, o voto observa que a legislação mais moderna de política fundiária já apresenta mitigações à regra de dimensões mínimas de imóveis rurais no âmbito de programas oficiais de apoio à agricultura familiar (art. 65, § 5º da Lei nº 4.504 de 1964, introduzido pela Lei nº 11.446 de 2007 e art.8º, § 4º, III da Lei nº 5.868 de 1972, com redação dada pela Lei nº 13.001 de 2014).

O voto do Min. Raul Araújo acompanha a dissidência, apreciando que inexistente vedação expressa à usucapião de imóvel rural inferior ao módulo rural. Ele lembra que a usucapião regulariza a situação fática de um imóvel preexistente, com a notória função de viabilizar o registro, conferindo segurança jurídica ao possuidor transformado em proprietário. Desse modo, a área inferior ao módulo, por si, não pode resultar na impossibilidade jurídica do pedido de reconhecimento da usucapião.

O REsp nº 1.360.017/RJ pretendia reformar acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que recusou o reconhecimento de usucapião constitucional urbana de terreno inferior ao módulo mínimo, por considerar o pedido juridicamente impossível e em discordância com a função social da propriedade urbana. Por unanimidade dos votos, a Terceira Turma deu provimento ao recurso, basicamente por avaliar que a decisão do tribunal local destoou da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 422.349³¹⁶.

As decisões ProAfR no REsp nº 1.667.842/SC e ProAfR no REsp nº 1.667.843/SC, realizadas conjuntamente, informam que a discussão sobre a possibilidade de usucapião extraordinária de imóveis inferiores ao módulo urbano encontra-se atualmente afetada ao

³¹⁵ “Assim, se o imóvel sobre o qual se exerce a posse trabalhada possui área capaz de gerar subsistência e progresso social e econômico do agricultor e sua família, mediante exploração direta e pessoal - com a absorção de toda a força de trabalho, eventualmente com a ajuda de terceiros -, parece menos relevante o fato de aquela área não coincidir com o módulo rural da região ou até mesmo ser-lhe inferior. Essa a interpretação teleológica da norma, capaz de assegurar a tutela do interesse para o qual foi criada”. (trecho do voto do Min. Luís Felipe Salomão).

³¹⁶ REsp nº 1.360.017/RJ, Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 05/05/2016, publicado no DJe de 27/05/2016.

rito de recursos repetitivos, pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, tendo sido escolhidos os mencionados recursos como representativos da controvérsia.

Por maioria dos votos, a afetação proposta pelo Ministro relator, Luis Felipe Salomão, foi aceita, considerando-se a multiplicidade de processos com idêntica questão a ser solucionada. A tese controvertida foi delimitada pela possibilidade de óbice à usucapião extraordinária, em razão de a área ser inferior ao módulo urbano.

Divergiram da decisão os ministros Marco Buzzi, Ricardo Villas Bôas Cueva, Nany Andrigui e Maria Isabel Galloti. A divergência centrou-se na avaliação do julgamento dos recursos selecionados como momento inadequado para discutir a tese, com a finalidade de produção de eficácia extrapartes. Faltaria maturidade nas discussões já realizadas no Superior Tribunal de Justiça, além de capacidade, nos casos selecionados, de possibilitar um debate capaz de envolver todos os aspectos relevantes do problema.

O Min. Marco Buzzi considerou que falta amadurecimento à tese, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Com base em consulta ao Núcleo de Gerenciamento de Precedentes, ele discordou da constatação de que exista significativo número de decisões sobre o mesmo tema específico. Ademais, o Ministro expõe a incoerência do voto relator, que, após citar o REsp nº 1.360.017 e o REsp nº 1.040.296, casos de usucapião constitucional, como jurisprudência do tema, posteriormente, delimitou a tese com relação à modalidade extraordinária de usucapião³¹⁷.

A Ministra Nancy Andrigui considerou que o recurso selecionado como representativo deveria ser dotado de generalidade suficiente, para que as razões de seu julgamento possam ser aplicadas, então, em outros processos. Desse modo, o recurso deveria veicular todas as teses relevantes para a decisão. Porém, falta isso nos recursos selecionados, porque muitos vieses da questão não foram abordados pelas decisões recorridas e pelos dois precedentes mencionados no voto relator, como: os aspectos de localização do imóvel em

³¹⁷ “Percebe-se, ainda, que os arestos trazidos pelo eminente relator na decisão de afetação não equivalem, com exatidão, à delimitação do tema ora proposto, tampouco demonstram o amadurecimento da tese no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça” (trecho do voto do Min. Marco Buzzi, ProAfR no REsp nº 1.667.842/SC, Segunda Seção, julgado em 05/12/2017 e publicado no DJE de 12/12/2017).

loteamento irregular, a ausência de registro e a possibilidade de reconhecer a propriedade mas restringir o uso e ocupação à legislação municipal³¹⁸.

Passando para a avaliação das decisões monocráticas, verificou-se que somente duas decisões, as mais antigas, decidem pela impossibilidade de usucapião imóvel inferior ao módulo urbano ou rural: o Ag nº 1.407.458, cujo relatório não informa a modalidade de usucapião pretendida, e o REsp nº 1.289.334, a respeito de usucapião constitucional urbana. Nas duas decisões, os fundamentos centram-se na menção de julgamentos anteriores do Superior Tribunal de Justiça – REsp nº 402.792 e REsp nº 150.214 – no sentido de impossibilidade da aquisição³¹⁹.

As outras quinze decisões, todas realizadas posteriormente, a partir de maio de 2014, julgam pela possibilidade da usucapião. Seis decisões não apresentam contribuições efetivas para o amadurecimento da tese, na medida em que seus fundamentos se limitam a mencionar a existência de julgados anteriores, o RE nº 422.349 e o REsp nº 1.040.296, que julgaram pela possibilidade da usucapião³²⁰.

A partir dos dois precedentes, é deduzida a existência de entendimento dominante sobre o tema, o que autoriza o julgamento monocrático pelo relator nos termos da Súmula nº 568 do Superior Tribunal de Justiça – o relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.

Dentre essas seis decisões, observou-se que, nos AREsp nº 1.467.835, AREsp nº 1.465.305 e Resp nº 1.430.871, todos a respeito de usucapião extraordinária, as razões dos dois precedentes foram simplesmente transpostas, sem qualquer adaptação da

³¹⁸ “[...] não houve a oportunidade de os Tribunais de origem e também de esta Corte se debruçarem sobre o tema de forma a construir um posicionamento fundamentado a respeito dos diferentes e complexos aspectos necessários ao adequado desate da questão aqui submetida a apreciação. Assim, conquanto reconheça a relevância econômica, política, social e jurídica da matéria, em razão de não vislumbrar a presença do requisito da abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida, entendo, com a vênua do relator, não ser cabível, por ora, a submissão dos presentes recursos especiais ao rito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/15”. (trecho do voto da Min. Nancy Andrugui, ProAfR no REsp nº 1.667.842/SC, Segunda Seção, julgado em 05/12/2017 e publicado no DJE de 12/12/2017)

³¹⁹ STJ, Ag nº 1.407.458, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 02/05/2012, publicado no DJe de 09/05/2012.

STJ, REsp nº 1.289.334, Min. Sidnei Beneti, julgado em 27/02/2017, publicado no DJe de 08/03/2013.

³²⁰ AREsp nº 233.821, REsp nº 1.430.871, REsp nº 1.206.816, AREsp nº 1.426.157, AREsp nº 1.465.305 e AREsp nº 1.467.835.

fundamentação para o caso, o que se esperava em razão da diferença de modalidade de usucapião julgada.

Cuidavam, os dois precedentes, de situações de usucapião constitucional, razão pela qual seus acórdãos tinham fundamentação centrada em argumentos de plena normatividade dos dispositivos constitucionais de usucapião, insuscetíveis de limitação legal, e na relevância da função social da propriedade, efetivada pela posse-trabalho e posse-moradia, elementos próprios dessas duas modalidades de usucapião.

Portanto, não é correto simplesmente deduzir, a partir desses dois precedentes, a existência de jurisprudência consolidada para as demais modalidades de usucapião. Também não seria adequado simplesmente transpor as razões, visto que os argumentos utilizados pelos precedentes são intimamente vinculados com as peculiaridades das duas modalidades constitucionais³²¹.

Verificou-se que o julgamento do AREsp nº 767.652, a respeito de usucapião extraordinária, teve o cuidado de trazer uma fundamentação adequada ao caso, consignando que esta modalidade, em alguma medida, também prestigia a função social da propriedade, já que, de certo modo, o imóvel foi abandonado pelo antigo proprietário durante o período exigido para a aquisição pelo possuidor³²².

O mesmo cuidado esteve presente no julgamento do AREsp nº 1.477.939, que pretendia reformar acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no qual se reconheceu a usucapião extraordinária de imóvel em loteamento clandestino. A Min. Maria Isabel Galloti entendeu que não era aplicável o rito de recursos especiais repetitivos para suspender

³²¹ “Acerca da matéria, assevera esta Casa que o reconhecimento da usucapião rural, em qualquer de suas modalidades, exige tão somente o preenchimento dos requisitos da legislação de regência, sendo prescindível que a área do imóvel que se pretenda usucapir obedeça a medida mínima prevista para o módulo rural onde se localiza o bem, uma vez que o legislador limitou-se a especificar somente a dimensão máxima. Nesse sentido: RECURSO ESPECIAL. USUCAPIÃO RURAL CONSTITUCIONAL. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE RURAL. MÓDULO RURAL. ÁREA MÍNIMA NECESSÁRIA AO APROVEITAMENTO ECONÔMICO DO IMÓVEL. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DA NORMA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PREVISÃO DE ÁREA MÁXIMA A SER USUCAPIDA. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DE ÁREA MÍNIMA. IMPORTÂNCIA MAIOR AO CUMPRIMENTO DOS FINS A QUE SE DESTINA A NORMA. [...] (REsp 1040296/ES, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 14/08/2015)” (STJ, AREsp nº 1.467.785, Min. Marco Buzzi, julgado em 06/05/2019, publicado no DJe de 08/05/2019).

³²² “A aquisição de imóvel por meio da usucapião é também uma forma de prestigiar a função social da propriedade, vez que, por algum motivo, o imóvel usucapiendo foi abandonado pelo antigo proprietário e, ao ser transferido o domínio do bem para quem realmente dele necessita, vigora novamente sua função social” (STJ, AREsp nº 767.652, Min. Marco Buzzi, julgado em 30/09/2016 e publicado no DJe de 07/10/2016).

o julgamento até a decisão do REsp nº 1.667.842/SC e REsp nº 1.667.843/SC. Neles, a controvérsia limita-se ao possível óbice da regra de módulo urbano, enquanto o loteamento clandestino suscita outras questões³²³.

A decisão para o REsp nº 1.622.399 também não ofereceu contribuição significativa para o amadurecimento do debate. A Ministra Assusete Magalhães reputou irrelevante a discussão sobre a aplicabilidade da restrição relativa ao módulo urbano, uma vez que a posse que deu causa à usucapião a ser reconhecida iniciou-se antes da vigência da lei municipal a respeito do módulo, apontada como óbice para aquisição³²⁴.

Quatro decisões, AREsp nº 513.361, REsp nº 1.631.961, REsp nº 1.632.734 e AREsp nº 1.112.533, se destacam por basearem-se na afirmação da autonomia entre os institutos da usucapião e do parcelamento do solo. Por essa razão, as restrições ao parcelamento do solo, exercício do poder de disponibilidade da propriedade, não são aplicáveis à usucapião, modo originário de aquisição pelo exercício prolongado da posse³²⁵.

Tal lógica também está presente no julgamento do REsp nº 1.112.533, a partir do argumento de que compete à União legislar sobre o Direito Civil, de que o instituto da usucapião faz parte; assim, regra de módulo mínimo para parcelamento, produzida no exercício da competência municipal para ordenação urbanística, não poderia sobrepor-se³²⁶.

Duas decisões, o REsp nº 1.631.961 e o REsp nº 1.518.248, expressam preocupação quanto ao fato de que a usucapião seja utilizada como fraude às leis de parcelamento,

³²³ Apesar do recurso ter sido indeferido, por impossibilidade de reexame fático-probatório, nos termos da Súmula nº 07 do Superior Tribunal de Justiça, a Min. Maria Isabel Gallotti fez considerações sobre a possibilidade de usucapião, quando preenchidos os seus requisitos próprios (AREsp nº 1.477.939, Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 24/06/2019 e publicado em 01/07/2019).

³²⁴ REsp nº 1.622.399, Min. Assusete Magalhães, julgado em 25/10/2018 e publicado em 30/10/2018.

³²⁵ “O fato da área objeto do pedido ser inferior ao módulo rural estabelecido pelo art. 5º, III, do Estatuto da Terra, não constitui óbice à eventual procedência do pedido, vez que não se trata de aquisição da propriedade por ato voluntário, mas sim por usucapião, forma originária que se submete apenas aos requisitos que lhe são próprios” (STJ, AREsp nº 513.361, Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 14/05/2014).

“É evidente que a mencionada lei prescreve os requisitos necessários ao desmembramento de solo rural, regras estas que não são aplicáveis à aquisição originária da propriedade, cujos pressupostos encontram-se dispostos no Código Civil, no Código de Processo Civil e na Constituição Federal. Não há, pois, como impor limitações ao direito da postulante e existentes em lei especial, por analogia, visto que esta deve ser interpretada restritivamente” (STJ, REsp nº 1.631.961, Min. Marco Aurelio Belizze, julgado em 19/10/2016 e publicado no DJe de 11/11/2016).

³²⁶ STJ, AREsp nº 1.112.533, Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 07/05/2019.

ressalvando que a aquisição somente pode ser reconhecida quando constatado que os possuidores não agem de má-fé³²⁷.

A partir da avaliação qualitativa das decisões monocráticas encontradas, é possível concluir que, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, há uma tendência de consolidação de jurisprudência que não reconhece, na inobservância da disciplina do parcelamento do solo, óbice à usucapião, em todas as suas modalidades, com a ressalva dos casos de fraude.

Isso não resulta tão somente de uma simplificada transposição das razões dos precedentes formados pelo RE nº 422.349 e o REsp nº 1.040.296 a respeito de usucapião constitucional urbana e rural, como ocorre em três decisões identificadas³²⁸. Em outras seis decisões que cuidavam de usucapião extraordinária³²⁹, há um aprofundamento do debate, com a afirmação da autonomia entre as disciplinas da usucapião e do parcelamento e com o reconhecimento de que a posse *ad usucapionem*, por si, é mais efetiva para a função social da propriedade do que o comportamento de abandono do anterior proprietário, durante o período aquisitivo.

3.3 Utilização da usucapião como meio de fraude à lei

3.3.1 Art. 13, § 2º do Provimento nº 65 de 2017 do Conselho Nacional de Justiça

Como se discutiu no capítulo anterior, não são recentes as preocupações com a possibilidade de utilização da usucapião como meio de fraudar a lei. Em geral, as fontes

³²⁷ “Neste contexto, importa transcrever excerto da sentença recorrida, da lavra do Juiz Rui César Lopes Peiter, que aquilatou com precisão o litígio e que adoto como razão de decidir (fls. 112/118): “Tampouco se vislumbra, nos autos, a intenção da apelada de burlar tal legislação mediante ardid. Entendimento diverso elegeria novo requisito para a configuração da usucapião a par dos já contemplados no comando normativo. Assim, o pleito só estaria prejudicado ante a evidência de má-fé dos postulantes, o que não se observa no caso em tela’. Nestes termos, portanto, presentes os requisitos da usucapião extraordinária, impõe-se a declaração da aquisição originária da propriedade, independentemente de eventual irregularidade referente ao Estatuto da Terra em relação ao parcelamento do solo rural, tendo em vista a boa-fé da pretendente, o interesse social do provimento almejado e a função social da propriedade” (STJ, REsp nº 1.631.961, Min. Marco Aurelio Belizze, julgado em 19/10/2016 e publicado em 11/11/2016).

“O Tribunal de origem consignou expressamente que diante da primazia dos princípios da função social da propriedade, inexistindo má-fé por parte dos postulantes à usucapião, esta pode ser declarada até mesmo em relação a áreas inferiores à fração mínima de parcelamento” (STJ, REsp nº 1.581.248, Min. Moura Ribeiro, julgado em 30/11/2017).

³²⁸ AREsp nº 1.467.835, AREsp nº 1.465.305 e REsp nº 1.430.871.

³²⁹ AREsp nº 1.477.939, Aresp nº 597.761, Aresp nº 1.632.734, REsp nº 1.581.248, REsp nº 1.631.961 e Aresp nº 767.652.

consultadas consideram a possibilidade de o proprietário se deixar sofrer a usucapião como medida para evitar a aplicação de restrições voluntárias à disposição do imóvel, como a cláusula de inalienabilidade, instituída em atos gratuitos.

No Direito Romano, a possibilidade de fraude à lei justificava a proibição geral de usucapir coisas cuja venda fosse proibida, segundo o princípio romano de que a usucapião se equipara à alienação³³⁰.

Atualmente, as coisas cuja alienação encontra-se restringida por ato voluntário são consideradas *res habilis* porque a limitação refere-se ao direito de propriedade, incidindo sobre o poder dominial de disposição. Ou seja, a inalienabilidade voluntária não retira da coisa, sua habilidade de circulação jurídica, portanto, ela não repercute sobre a usucapião cuja ocorrência independe do exercício do poder dominial de disposição.

A possibilidade de usucapião de coisas inalienáveis por restrição voluntária, no entanto, não autoriza as partes a se conduzirem, com a intenção de provocar a usucapião, como meio de substituir um negócio de disposição vedado. O sistema jurídico não viabiliza a usucapião nas hipóteses de conluio entre o possuidor e o proprietário³³¹.

As expectativas de maior celeridade nos reconhecimentos de usucapião, a partir do processo extrajudicial perante o Registro de Imóveis, introduzido pela Lei nº 13.105 de 2015 (Código de Processo Civil), foram acompanhadas de preocupações com sua indevida utilização para substituir a formalização de transmissões imobiliárias³³².

³³⁰ “A última categoria de coisas subtraídas da usucapião é a proibição geral de usucapir coisas cuja venda é proibida. O princípio geral é expresso em uma máxima famosa, enunciada em L. 28 pr. D. De v. s. 50, 16 de Paulo, que equipara a usucapião à alienação (2). Foi feita uma tentativa de restringir essa proibição de várias maneiras; por exemplo, referindo-se a usucapiões sofridas voluntariamente e, portanto, em fraude à lei”. BONFANTE, Pietro. BONFANTE, Giuliano. CRIFÒ, Giuliano. *Corso di Diritto Romano*. vol. 2. *La Proprietà – Parte II*. Milão: Giuffrè, 1968, p. 322.

³³¹ “Não o perde, porém, deixando que outrem o adquira pelo usucapião, conquanto não ocorra na hipótese, alienação. Do contrário, a proibição poderia ser frustrada mediante conluio entre o proprietário e o possuidor. Prevalece, de resto, o princípio de que o usucapião não é aplicado aos bens inalienáveis”. GOMES, Orlando. *Sucessões*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 174.

“Não se confundem inalienabilidade e a imprescritibilidade, salvo demonstração de fraude à lei, ou seja, de a usucapião ser modo oblíquo de contornar a cláusula restritiva de alienação, na hipótese de usucapião ordinária”. LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Arts. 1096 a 1510-A, Livro III – Direito das Coisas in Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. CEZAR, Peluzo (coord.). Barueri: Manole, 2017, p. 1149.

³³² “[...] deve-se ter muito cuidado para evitar o abuso do direito e a fraude na substituição da usucapião pelo negócio jurídico. Sempre deve ser aferida a efetiva necessidade do procedimento”. AHUALI, Tânia Mara. Breves apontamentos sobre a usucapião administrativa. Disponível em <<http://iregistradores.org.br/breves-apontamentos-sobre-a-usucapiao-administrativa>> [17/03/2018].

“A usucapião não é uma porta dos fundos para que eu deixe de pagar impostos. A usucapião é necessidade de regularizar a propriedade imóvel que eu não consigo fazer pelos meios normais” Entrevista concedida à

Mesmo quando o reconhecimento da usucapião dependia necessariamente da tutela judicial, quando julgado ser possível a usucapião de imóveis subdivididos indevidamente, já eram demonstradas preocupações para que a aquisição não se convertesse em instrumento de fraude da lei de parcelamento³³³.

Vale destacar que essa substituição é atrativa. As regras de parcelamento, se compreendidas como limitações ao poder de disponibilidade sobre o imóvel, não impedem o reconhecimento da usucapião. Poderiam ser afastados os efeitos tributários das operações imobiliárias, como o ITBI, o ITCMD, o imposto de renda sobre o lucro imobiliário e contribuições previdenciárias sobre eventual construção realizada. Em razão da eficácia liberatória da usucapião, o direito é adquirido livre de ônus. Também ficam impossibilitadas as eventuais pretensões de terceiros, como ações pessoais reipersecutórias e aquelas com fundamento na fraude a credores ou à execução³³⁴.

O Provimento nº 65 de 2017 do Conselho Nacional de Justiça, com diretrizes para o procedimento da usucapião extrajudicial, apresenta dispositivo segundo o qual deve ser justificado o óbice à correta escrituração das transações para evitar o uso da usucapião como meio de burla dos requisitos legais do sistema notarial e registral e da tributação dos impostos de transmissão incidentes sobre os negócios imobiliários (art. 13, § 2º)³³⁵.

Uniregstral, disponível em formato vídeo em <<http://iregistradores.org.br/registradores-entrevista-dr-francisco-eduardo-loureiro-tema-usucapiao-administrativa/>> [17/03/2018]. Transcrição disponível em <https://issuu.com/uniregstral/docs/transcricao_usucapiaoadministrativa_776173eb4af33b> [17/03/2018].

³³³ “Usucapião Extraordinário. Extinção sem julgamento do mérito, pois o imóvel objeto da demanda situa-se em loteamento clandestino. Desacerto. Irrelevância da irregularidade do parcelamento do solo para fins de usucapião, salvo marcada fraude à lei. Usucapião como modo originário de aquisição da propriedade. Recurso provido, para o fim de anular a sentença e determinar o prosseguimento da demanda”. TJSP Ap. Cível nº. 0000622-12.2011.8.26.0223 Guarujá - 6ª Câmara de Direito Privado Rel. Francisco Loureiro j. 01.11.2012.

“Usucapião extraordinária. Imóvel situado em loteamento clandestino. Irrelevância da irregularidade do parcelamento do solo diante da aquisição prescritiva. Ausência de fraude por parte dos ocupantes. Recurso improvido”. Apelação 0000674-69.2012.8.26.0450; Relator (a): Rodrigo Nogueira; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Piracaia - 1ª Vara; Data do Julgamento: 13/09/2017; Data de Registro: 13/09/2017. “APELAÇÃO. AÇÃO DE USUCAPIÃO. Existência de parcelamento irregular do solo urbano. Irrelevância. A usucapião compreende modo originário de aquisição da propriedade, de modo que sana eventuais vícios anteriores do imóvel [...]”. Apelação Cível 0003812-53.2014.8.26.0101; Relator (a): Rosângela Telles; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Caçapava - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/02/2019.

³³⁴ Art. 54, parágrafo único, Lei nº 13.097 de 2015. Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel.

³³⁵ Art. 13, § 2º, Provimento nº 65 de 2017 do CNJ. Em qualquer dos casos, deverá ser justificado o óbice à correta escrituração das transações para evitar o uso da usucapião como meio de burla dos requisitos legais do sistema notarial e registral e da tributação dos impostos de transmissão incidentes sobre os negócios

O dispositivo pode ser interpretado como instrumento de prevenção de fraudes no reconhecimento extrajudicial da usucapião, embora sua redação expresse o objetivo principal de lidar com as repercussões tributárias da substituição da escrituração das transmissões³³⁶.

Com relação aos interesses fiscais, o uso indevido da usucapião já era suficientemente sancionável pela ineficácia relativa, no âmbito da relação tributária, por força do art. 116, parágrafo único do Código Tributário Nacional. O dispositivo autoriza o agente fiscal a requalificar a aquisição, considerando ocorridos os fatos geradores de tributos relativos às transmissões que se pretendia substituir pela usucapião.

Se os danos aos interesses fiscais já são neutralizados pela cominação de ineficácia relativa frente à autoridade fiscal, não há fundamento legal suficiente para impedir o prosseguimento do reconhecimento extrajudicial da usucapião, por burla ao sistema tributário.

O Provimento nº 65 de 2017 do Conselho Nacional de Justiça não apresenta dispositivo com semelhante preocupação de emprego da usucapião como meio de fraudar a lei aplicado às questões atinentes ao parcelamento do solo.

De outro lado, o art. 25 do provimento, seguindo orientação predominante na jurisprudência, dispõe que, em razão da consolidação temporal da posse e do caráter originário da aquisição, o registro da usucapião não se confunde com as condutas penais violadoras da disciplina de parcelamento do solo urbano³³⁷.

imobiliários, devendo registrador alertar o requerente e as testemunhas de que a prestação de declaração falsa na referida justificação configurará crime de falsidade, sujeito às penas da lei.

³³⁶ “Referido dispositivo legal contempla, em suma, regra que visa a afastar uma espécie de uso fraudulento da usucapião com vistas à obtenção do direito real de propriedade, em detrimento dos meios ordinários de aquisição desse direito, notadamente nos casos em que exista prévia relação jurídica”. SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. *A fraude à lei e a usucapião extrajudicial, na perspectiva do provimento nº 65 do Conselho Nacional de Justiça*. Revista de Direito Imobiliário. Vol. 86. 2019, p. 29-59.

“O caso, no entanto, revela aquisição derivada, com vínculo direto com os proprietários anteriores seja por meio de sucessivos contratos de compra e venda, cessão de direitos hereditários, meação seja por dação em pagamento restando evidente a tentativa do autor escusar-se do ITBI. Com efeito, não serve o instituto da usucapião para regularizar os diferentes negócios jurídicos entabulados pelo autor diretamente com os proprietários dos imóveis. Sentença mantida. Apelação desprovida” (Apelação Cível 70072260615, Vigésima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, rel. Glênio José Wasserstein Hekman, julgado em 15.03.2017).

³³⁷ Art. 25 do Provimento nº 65 do Conselho Nacional de Justiça. Em virtude da consolidação temporal da posse e do caráter originário da aquisição da propriedade, o registro declaratório da usucapião não se confunde com as condutas previstas no Capítulo IX da Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979, nem delas deriva.

Certamente a usucapião, como instrumento de regularização fundiária, tem a finalidade de atrair, para a formalidade jurídica, imóveis irregulares, viabilizando pelo menos a titulação dominial e dando concretude ao direito fundamental de propriedade.

Mas esse instrumento não pode ser deturpado para incentivar a produção de novas realidades irregulares. Isto é, a usucapião e seus processos de reconhecimento não podem ser tomados como medida alternativa mais vantajosa por permitir aos interessados desviarem-se de regras limitadoras do direito de propriedades, destinadas à organização do espaço urbano e agrário.

Daí a importância do estudo da categoria da fraude à lei, para distinguir as hipóteses de legítima utilização da usucapião como meio de regularizar imóveis das situações de burla às regras que organizam a ocupação do solo.

3.3.2 Aspectos gerais da fraude à lei

A importância que grande parte das regras jurídicas adquire para a vida social justifica sua aplicação obrigatória, quando verificadas as hipóteses nelas descritas. Essas normas são insuscetíveis de afastamento pelas partes; elas integram a chamada ordem pública e são identificadas como regras cogentes ou imperativas.

As regras imperativas podem apresentar conteúdo proibitivo ou impositivo, sendo que as proibições são mais frequentes – pela tendência natural do ordenamento jurídico evitar comportamentos ou resultados nocivos. De outro lado, o estímulo para condutas socialmente desejáveis, presente nas regras impositivas, tende a ser secundário.

A elaboração da regra cogente pode adotar a técnica de referência direta ao resultado antissocial ou ao resultado sobre o qual se impõe uma conduta socialmente desejada, sem detalhar os meios pelos quais eles poderão ser alcançados. Mas é comum que as normas adotem técnica de referência ao comportamento pelo qual o resultado é usualmente alcançado³³⁸.

³³⁸ “É que o legislador muitas vezes não tem consciência de que, ao editar norma proibindo determinado comportamento, está em verdade objetivando impedir a produção de um resultado atingível por outro modo que não aquele ao qual se referiu. O legislador, assim, não raro, procura evitar determinado comportamento detectado como indesejável, sem saber que na verdade é o seu resultado que visava evitar”. PEREIRA, Regis

Como é impossível que o legislador preveja todas as maneiras pelas quais um resultado pode ser alcançado, as pessoas podem tentar evitar a aplicação de regras cogentes, buscando outros meios para alcançar o mesmo objetivo socialmente indesejado. Daí a importância na elaboração da teoria da fraude à lei, para manter a coerência do sistema e a imperatividade da lei³³⁹.

Tanto as regras cogentes proibitivas quanto as regras cogentes impositivas podem ser objeto de fraude à lei, porém, seguindo a tendência natural do ordenamento de evitar resultados nocivos, a teoria da fraude à lei se desenvolve principalmente para lidar com a esfera da ilicitude.

A teoria fornece recursos para identificar duas modalidades de atos ilícitos: os atos *contra legem*, pelos quais os preceitos legais são diretamente violados, e os atos *in fraudem legis*, em que a inobservância de regra é indireta, por condutas que estão aparentemente em concordância com a lei, observando sua literalidade, mas que, em verdade, estabelecem uma manobra que permite violar o seu sentido e o escopo³⁴⁰.

A fraude à lei consiste na prática de ato que, isoladamente avaliado, aparenta ser lícito. O agente efetivamente o pratica e se submete aos seus efeitos normais. Mas a ilicitude encontra-se no fato de que, pelas circunstâncias em que o ato é realizado, são produzidos os mesmos resultados que o sistema tentava evitar por meio da regra fraudada³⁴¹.

Velasco Fichtner. *A fraude à lei*. Dissertação apresentada como condição à obtenção do grau de Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1992, p. 22.

³³⁹ “Se fosse permitido que escapassem a incidência da lei os suportes fáticos que, por artifício, se eliminassem ou se juntassem outros elementos, estaria profundamente comprometida a função do direito. Indiretamente, seria possível fugir às leis cogentes. [...] Impedir a fraude à lei é defender a lei. Seria profundamente contraditório conceber-se como cogente a regra jurídica e tolerar-se que seja fraudada”. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. tomo I. Campinas: Bookseller, 2000, p. 100-101.

³⁴⁰ “Efetivamente, por vezes a violação da norma jurídica traduz-se num comportamento do destinatário ostensivamente hostil não apenas às palavras como também ao seu espírito: esse comportamento vulnera simultaneamente os *verba legis* e a *sententia legis*. Por vezes a violação da norma jurídica consiste em manobra do destinatário aparentemente válida e inocente, porque parece preservar o aspecto literal da norma jurídica, mas realmente ofensiva ao seu espírito: a atitude do destinatário da norma jurídica contravém à *sententia legis*, embora respeite os *verba legis*, de cuja imperfeição e insuficiência se aproveita”. CHAMOUM, Ebert Vianna. *A fraude à lei no Direito Romano*. Tese de concurso para provimento da cadeira de Direito Romano da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, 1955, p. 10.

³⁴¹ “A fraude à lei, que melhor se denominaria de fraude à norma jurídica, pode, assim, ser concebida como uma espécie de violação da norma jurídica consistente na utilização de um ato jurídico ou se um complexo de atos jurídicos, os quais, em si, são em princípio, perfeitamente lícitos, mas atingem efeitos jurídicos pelo menos praticamente equivalentes a determinados efeitos jurídicos que uma ordem imperativa considera ilícitos”. CHAMOUM, Ebert Vianna. *A fraude à lei no Direito Romano*. Tese de concurso para provimento da cadeira de Direito Romano da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, 1955, p. 11.

O ato fraudatório, dessa forma, não viola o comando literal da lei, porém frustra a sua aplicação, pela adoção de medidas alternativas à conduta descrita na hipótese legal, como meio de evitar as sanções ou demais consequências legais³⁴².

Em matéria imobiliária, especificamente com relação às regras de parcelamento do solo, são exemplos de fraude à lei, a utilização dos institutos do condomínio voluntário, do condomínio edilício e do regime de associações ou de sociedades, para tentar formalizar negócios que envolvem destaque e alienação de glebas, afastando a incidência de regras restritivas do parcelamento do imóvel³⁴³.

Nos três casos, a fraude procede da incapacidade das unidades imobiliárias criadas por estes arranjos negociais, permitirem o adequado preenchimento da função social da propriedade, como na hipótese de unidades com dimensões inferiores ao módulo mínimo, resultado este, que as regras de parcelamento objetivavam evitar.

No exemplo do emprego do uso do instituto do condomínio voluntário, as partes formalizam negócio de alienação de fração ideal do imóvel, organizando um condomínio *pro diviso*, em que poderes dominiais de cada condômino incidem sobre frações reais localizadas, para na prática, criar unidades imobiliárias funcionalmente independentes³⁴⁴.

No exemplo da utilização do condomínio edilício, as partes aproveitam a possibilidade jurídica de instituição de condomínio de casas, nos termos do artigo 8º, “a” da Lei nº 4.591 de 1964, para construir conjunto de casas, geralmente geminadas.

A fraude é aferida objetivamente do projeto de construção, desenvolvido para que as casas sejam funcionalmente independentes, de maneira que as relações condominiais se restringem ao campo formal, porque os ocupantes das casas nada compartilham efetivamente³⁴⁵.

³⁴² PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. *A fraude à lei*. Dissertação apresentada como condição à obtenção do grau de Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1992, p. 32-37.

³⁴³ AMADEI, Vicente Celeste. AMADEI, Vicente de Abreu. *Como lotear uma gleba: o parcelamento do solo urbano em todos os seus aspectos (loteamento e desmembramento)*. Campinas: Millenium, 2012, pag 25-29.

³⁴⁴ O item 171, capítulo XX das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo veda o registro de alienação voluntária de frações ideais, quando houver elementos objetivos reveladores da fraude, como a menção a localização, numeração e metragem certas, ou a formação de condomínio voluntário.

³⁴⁵ "A instituição do condomínio edilício sobre casas é admissível, nos termos do art. 8º, da Lei 4.591/64. Mas para tanto, é necessário que seja respeitado o regime dos artigos 1331 e ss, do Código Civil, que se distingue daquele relativo ao parcelamento do solo, estabelecido pela Lei 6.766/79. De acordo com o exame das fotos

No terceiro exemplo, normalmente anunciados como clubes de campo, negócios de outorga de títulos de associado ou de quota social são adotados para substituir a formalização do destaque e venda de imóvel. Celebrado o negócio, é transmitida a posse de parte do imóvel numericamente identificada, destinada a ser de uso exclusivo do determinado associado ou do sócio³⁴⁶.

Portanto, três elementos estruturam a fraude à lei: (a) o negócio jurídico ou a conduta aparentemente lícita, de acordo com uma regra de cobertura que permite afirmar, em uma avaliação superficial, que os atos não contrariam a lei e integram a autonomia privada do agente; (b) uma lei imperativa que proíbe a produção de um resultado antissocial, de incidência afastada pela conduta do agente; (c) o propósito do agente de evitar a aplicação da norma cogente, alcançando resultado equivalente ao proibido em lei.

A fraude à lei é categoria jurídica autônoma que integra o gênero das violações da norma jurídica. Ela possui elementos próprios que permitem diferenciá-la de outras figuras afins, como os atos ilícitos *contra legem*, o abuso de direito, a simulação, a fraude a credores e a fraude à execução.

Tanto o abuso do direito quanto a fraude à lei são atos ilícitos em virtude dos resultados nocivos do exercício de um direito. A diferença reside na circunstância de que o ato abusivo apresenta repercussões para a esfera jurídica de outros, sobre interesses não tutelados por uma regra jurídica específica que limite o direito exercido com abuso e que busque evitar o resultado nocivo. Na fraude à lei, essa regra existe, mas os meios alternativos usados pelo agente trazem a impressão de que ela não é aplicável³⁴⁷.

A fraude à lei se distingue, também, da simulação, na medida em que, naquela, há uma coincidência entre a vontade e a declaração. O agente pratica o ato de maneira séria, efetivamente se submetendo às suas consequências jurídicas.

de fls. 148/149, constata-se que as casas geminadas possuem saída comum, no entanto são autônomas. A única área efetivamente comum apontada na foto é uma faixa, dita de convivência, que não se enquadra nos moldes exigidos para configuração de condomínio". 1ª Vara dos Registros Públicos de São Paulo, Processo nº 1066651-03.2014.8.26.0100, julgado em 13/10/2014, publicado no DJ de 20/10/2014.

³⁴⁶ AMADEI, Vicente Celeste. AMADEI, Vicente de Abreu. *Como lotear uma gleba: o parcelamento do solo urbano em todos os seus aspectos (loteamento e desmembramento)*. Campinas: Millenium, 2012, p. 25-29.

³⁴⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. tomo I. Campinas: Bookseller, 2000, p. 96.

Na simulação, a vontade se distingue da declaração. O ato simulado se restringe ao plano formal, porque apenas pretende criar uma aparência. O agente pode pretender apenas criar uma aparência, situação conhecida como simulação absoluta, ou criar uma aparência para encobrir outro ato, chamado de ato dissimulado, hipótese conhecida como simulação relativa³⁴⁸.

Quanto à fraude a credores, trata-se de um ato de alienação de bens e direitos com prejuízos ao direito subjetivo do credor de receber seu crédito, segundo o princípio de responsabilidade patrimonial do devedor. Como o bem jurídico afetado é de ordem privada, restrito aos interesses do credor, a fraude a credores é sancionada com a anulabilidade³⁴⁹.

O ato em fraude à lei apresenta prejuízos à imperatividade de uma regra cogente. O bem jurídico afetado é de ordem pública, o que justifica a sanção de nulidade, como será exposto abaixo.

A fraude à execução é o ato que frustra a execução judicial de um crédito, sancionado pela ineficácia relativa em face do exequente. Em razão da possibilidade de acesso às informações de processos judiciais relativos ao alienante, a fraude à execução é de mais fácil caracterização, bastando a existência de ação judicial condenatória ou executiva proposta, no momento de celebração do ato³⁵⁰.

Outra figura jurídica que pode ser confundida com a fraude à lei é o negócio jurídico indireto. Este se verifica quando as partes recorrem a um negócio determinado para alcançar resultado diverso de sua estrutura típica. Se os resultados alcançados forem legalmente permitidos, o negócio indireto é considerado lícito. Mas o negócio poderá servir como instrumento da fraude quando a finalidade for produzir resultado indesejado pela lei³⁵¹.

³⁴⁸ “Na simulação, quer-se o que não aparece e não se quer o que aparece. Na fraude à lei, quer-se, sinceramente, o que aparece, porque o resultado é aquele que a lei fraudada tenta impedir, ou porque se afasta o resultado que a lei fraudada determina que produza. No ato só aparente, não se quer o que aparece, nem o resultado dele, nem outro resultado”. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. tomo 1. Campinas: Bookseller, 2000, p. 100.

³⁴⁹ Na fraude a credores praticada por negócio jurídico gratuito, basta a frustração do crédito pela insolvência do devedor (*eventus damni*), para autorizar a anulação do ato. Na disciplina da fraude a credores praticada por ato oneroso, é considerada a boa-fé do terceiro adquirente, evitando que ela seja prejudicada nas hipóteses em que ignora a situação de insolvência do alienante. Portanto, o adquirente deve ter ciência da situação de insolvência (*consilium fraudis*), para que ser possível anular o ato. PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. *A fraude à lei*. Dissertação apresentada como condição à obtenção do grau de Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1992, p. 102-120.

³⁵⁰ *Ibidem*.

³⁵¹ LIMA, Alvino. *A fraude no Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 80-81.

A diretriz de condenação da fraude a uma lei encontra-se implícita em sua cogência, sendo uma exigência lógica do sistema jurídico. Não pode ser admitida uma infração indireta à lei. Uma regra com o objetivo de evitar um resultado indesejado, ainda que apenas descreva os meios usuais pelos quais eles são alcançados, é suficiente para repelir condutas que adotem meios alternativos para alcançar os mesmos resultados.

O ordenamento jurídico brasileiro, nesse sentido, conta com normas positivadas a respeito da fraude à lei, que funcionam como importante veículo para advertir as pessoas a não buscarem meios para violar indiretamente a lei: (a) o art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho³⁵²; (b) o art. 45 da Lei nº 8.245 de 1991 (Lei de Locação de Imóveis Urbanos)³⁵³; (c) os arts. 142, 966, III e 967, III, b e 975, § 3º do Código de Processo Civil de 2015³⁵⁴; (d) o art. 116, parágrafo único do Código Tributário Nacional³⁵⁵.

No Direito Civil, destaca-se a cláusula geral de vedação à fraude, presente no art. 116, VI do Código Civil de 2002, que define como nulos os negócios jurídicos praticados com o objetivo de fraudar lei imperativa.

A utilização dos termos “quando tiver por objetivo fraudar lei imperativa” conduz à conclusão de que o legislador brasileiro exige a presença do elemento intencional para configuração da fraude à lei.

Por outro lado, existem argumentos razoáveis no sentido de que a intenção de fraudar não deveria ser elemento necessário para configuração da fraude à lei. A resposta jurídica

³⁵² Art. 9º, CLT. Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

³⁵³ Art. 45, Lei nº 8.245 de 1991. São nulas de pleno direito as cláusulas do contrato de locação que visem a elidir os objetivos da presente lei, notadamente as que proíbam a prorrogação prevista no art. 47, ou que afastem o direito à renovação, na hipótese do art. 51, ou que imponham obrigações pecuniárias para tanto.

³⁵⁴ Art. 142, CPC. Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé.

Art. 966, CPC. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

Art. 967, CPC. Têm legitimidade para propor a ação rescisória: [...] III - o Ministério Público: [...] b) quando a decisão rescindenda é o efeito de simulação ou de colusão das partes, a fim de fraudar a lei;

Art. 975, CPC. O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo. [...] § 3º Nas hipóteses de simulação ou de colusão das partes, o prazo começa a contar, para o terceiro prejudicado e para o Ministério Público, que não interveio no processo, a partir do momento em que têm ciência da simulação ou da colusão.

³⁵⁵ Art. 116, parágrafo único, CTN. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

adequada para a fraude seria restabelecer a ordem da regra afastada, fazendo produzir seus efeitos independente da avaliação da intenção do agente³⁵⁶.

O elemento intencional da fraude dependeria do conhecimento da regra a ser frustrada. Mas exigir essa prova afastaria a presunção de conhecimento da norma jurídica, veiculada pelo art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Portanto, não é admissível para o nosso sistema jurídico condicionar ao conhecimento prévio e à intenção do agente em violá-la a aplicabilidade de normas de ordem pública³⁵⁷.

O legislador, porém, exigiu o elemento intencional na configuração da fraude a lei. Essa opção se justifica pela observação de que os mecanismos de fraudes, como a simulação e a fraude a credores, se apoiam em uma determinação volitiva. A própria fraude à lei tem suas feições particulares, enquanto categoria jurídica autônoma, em virtude de sua orientação teleológica, direcionada a evitar a incidência de uma norma cogente³⁵⁸.

O elemento intencional não exige uma intenção direta, um propósito deliberado de frustrar a lei. Na fraude, a finalidade do agente é alcançar um resultado equivalente ao vedado pela lei. Basta a vontade do agente de se afastar da aplicação de uma norma cogente, por meio de atos aparentemente regulares, mas ilícitos pela sua finalidade de produzir um resultado vedado³⁵⁹.

É possível que o agente pratique o ato com a vontade de produzir um resultado vedado, porém o faz com a crença de ser assistido pelo direito. Ele não tem, nesse caso, a consciência e o propósito deliberado de fraudar a lei. Em tal hipótese, a fraude à lei somente deixa de ser reconhecida se for notada a boa-fé do agente, demonstrada pela sua convicção leal, honesta e invencível, capaz de justificar o erro de direito³⁶⁰.

³⁵⁶ “Se, na espécie, pode dar-se violação indireta e ela ocorre, a atitude do direito tem de ser a mesma que teria em se tratando de qualquer outra violação. Daí a indiferença à culpa e ao dolo”. MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. tomo 1. Campinas: Bookseller, 2000, p. 99.

PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. *A fraude à lei*. Dissertação apresentada como condição à obtenção do grau de Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1992, p. 144.

³⁵⁷ CHAMOUN, Ebert Vianna. *A fraude à lei no Direito Romano*. Tese de concurso para provimento da cadeira de Direito Romano da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, 1955, p. 61-63.

PEREIRA, op.cit..

³⁵⁸ LIMA, Alvino. *A fraude no Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 293-297.

³⁵⁹ Ibidem.

³⁶⁰ “É possível, todavia, que o agente não tenha praticado o ato com a intenção, o propósito deliberado de fraudar a lei, mas na crença de que lhe assistia o direito de praticar tal ato, como o fez. Nesta hipótese, cumpre examinar, em cada caso concreto, a situação e a atitude do autor do ato fraudulento. A boa-fé, como crença

Como a categoria da fraude à lei se presta a restaurar a imperatividade das regras legais, uma vez identificada a ocorrência de ato fraudatório, a principal repercussão é a aplicação da norma defraudada³⁶¹.

O art. 166, *caput*, do Código Civil de 2002 comina com nulidade os negócios jurídicos realizados em fraude à lei. Geralmente, a nulidade é a sanção que permite fazer preponderar regras imperativas, porque o art. 166, VII do Código Civil de 2002 dispõe ser nulo o ato jurídico quando a lei taxativamente assim o declare, ou quando proíbe a sua prática, sem cominar sanção. Nessas situações, a nulidade do ato em fraude é medida adequada para restaurar a imperatividade da lei.

A lei, todavia, pode estabelecer sanções diversas, o que faz questionar se, nessas hipóteses, a nulidade continua sendo sanção adequada³⁶².

A primeira resposta contra a fraude é retirar os efeitos do ato fraudulento, na medida do necessário, para recuperar o império da lei. Mas de acordo os interesses tutelados pela regra fraudada, a sanção necessita ser mais intensa.

A fraude à lei vai contra o interesse social de que regras de ordem pública sejam observadas, o que justifica uma sanção mais rigorosa do ato: a nulidade – medida destinada a evitar que qualquer efeito do ato fraudatório possa subsistir face à coletividade³⁶³.

errônea e escusável, pode justificar o erro de direito, desde que haja convicção positiva, leal, uma crença invencível e honesta”. LIMA, Alvino. *A fraude no Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 51.

³⁶¹ “É preciso que a sanção chegue ao mesmo resultado, positivo ou negativo, que seria o da lei, se fosse, observada; portanto, deve haver equipolência entre a sanção à violação indireta e a sanção à violação direta”. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. tomo I. Campinas: Bookseller, 2000, p. 92.

³⁶² “Mas se a norma jurídica tem sanção diversa da nulidade, ou, simplesmente, não tem sanção, deve-se admitir que, respectivamente, aquela sanção ou nenhuma sanção se aplique à atividade fraudulenta”. CHAMOUN, Ebert Vianna. *A fraude à lei no Direito Romano*. Tese de concurso para provimento da cadeira de Direito Romano da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, 1955, p. 83.

³⁶³ “A primeira sanção contra a fraude consiste, pois, em restaurar o império da lei iludida, e, conseqüentemente, tornar ineficaz o ato fraudulento. Na extensão dessa ineficácia, se parcial ou total, se relativa ou erga omnes, é que reside a solução do problema. [...]. Tratando-se, porém, de fraude à lei, em sentido estrito, não existindo em jogo interesses privados, mas apenas o interesse social de restauração do império da lei frustrada, o ato fraudulento é nulo por força do princípio acima elaborado; nulo o ato fraudulento, a eficácia da lei burlada se impõe e se restaura em toda a sua plenitude”. LIMA, Alvino. *A fraude no Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 319-320.

“[...] o ato fraudulento é sempre nulo, ainda que a lei que se pretendeu fraudar comine outra sanção para a hipótese de ser infringida diretamente (v. a propósito, Alvino Lima, *A fraude no direito civil*. São Paulo, 1965, p. 314), o acirramento da sanção – nulidade – se justifica pela gravidade de que se reveste a fraude, haja vista o aforismo: *fraus omnia corrumpit*. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986

3.3.3 Fraude à lei aplicada à usucapião de imóveis

A partir da avaliação dos elementos que configuram a fraude à lei, é possível concluir que eles podem estar presentes no exercício da posse direcionada à usucapião.

O exercício da posse em si é conduta aparentemente lícita, tutelada pela lei inclusive, por meio dos interditos possessórios e da usucapião. E a disciplina da usucapião pode servir de regra de cobertura legal, que permite afirmar, em uma avaliação superficial, inexistir contrariedade à lei de parcelamento na aquisição originária da propriedade.

Dentre as limitações relacionadas com a organização e ocupação do solo, foram identificadas duas classes principais de normas fraudáveis pela usucapião: (a) as regras de parcelamento do solo, relativas à unidade imobiliária criada, em que se incluem as disposições de dimensões mínimas dos imóveis; (b) as regras que compatibilizam a criação de novas unidades imobiliárias, com outros interesses, como a tutela do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável das cidades.

As limitações ao parcelamento evitam a produção de um resultado antissocial, basicamente ligado à criação de imóveis cujas conformações e interações com seu entorno impedem o adequado preenchimento de suas funções sociais.

A técnica legislativa utilizada na elaboração das normas imperativas considera os meios principais pelos quais esse resultado antissocial é alcançado, a atividade de parcelamento do solo. Ao empregar tais meios, o titular do domínio exerce o seu poder de disponibilidade sobre o bem.

Pelos caminhos naturais, a alienação de parcelas do imóvel deve passar pela fiscalização pública, o que assegura a conformidade das novas unidades imobiliárias criadas com as regras de ocupação do solo destinadas a viabilizar o atendimento da função social dos bens imóveis.

Como a usucapião não envolve o exercício do poder dominial de disposição, porque a aquisição ocorre independente de relação entre o usucapiente e o antigo titular do domínio, aparentemente, as normas de parcelamento do solo não precisariam ser observadas, nas aquisições originárias.

Mas a teoria da fraude à lei impede que um resultado indesejado por lei, que descreve os meios usualmente utilizados, possa ser alcançado com o emprego de soluções alternativas, não previstas na regra fraudada. Dessa maneira, a violação indireta da lei é tão ilícita quanto a violação direta, razão pela qual os atos *in fraudem legis* também devem ser repelidos juridicamente.

A dificuldade maior na constatação da fraude na aquisição por usucapião encontra-se na caracterização do elemento intencional, ou seja, no intuito do usucapiente de afastar a disciplina de organização da ocupação do solo, que incidiria sobre transmissões imobiliárias.

O elemento intencional da fraude na usucapião revela o conluio do antigo titular do domínio com o usucapiente. O anterior proprietário voluntariamente se deixa sofrer a usucapião, como medida para substituir a formalização de contrato de alienação do imóvel com o usucapiente, afastando regras que invalidariam o negócio – como as que tratam das dimensões mínimas do imóvel – ou evitando obrigações decorrentes de regras impositivas, como a efetivação de obras de infraestrutura de um projeto de loteamento urbano.

O elemento intencional da fraude pode ser aferido a partir de três critérios sucessivos: (a) identificação de um negócio ou evento transmissivo de domínio, *inter vivos* ou *causa mortis*, na causa de ingresso na posse *ad usucapionem*; (b) verificação de que as partes teriam condições de escriturar normalmente a transmissão, mas não o fazem apenas em função da regra de parcelamento do solo; (c) as circunstâncias pessoais do usucapiente permitem afastar o argumento de que ele incorreu em erro de direito.

O primeiro critério de identificação de um negócio ou evento transmissivo de domínio, na causa de ingresso na posse, funciona como ponto de partida na aferição de que o usucapiente, ao exercer a posse, pretendia utilizar a usucapião para substituir a adequada escrituração da transmissão.

O segundo critério, relativo à verificação de que as partes teriam condições de escriturar normalmente a transmissão, salvo pelas regras de parcelamento, permite reforçar a suspeita de que a usucapião serve de instrumento para fraudar a lei, como veículo para alcançar o mesmo resultado de um negócio que não seria tutelado pela autonomia privada das partes.

O terceiro critério, por sua vez, permite afastar os argumentos de que o usucapiente ingressou na posse com a crença de ser assistido pelo direito, em convicção honesta e invencível, capaz de justificar o erro de direito.

Segundo as circunstâncias sociais vigentes no país, onde 29% da população pode ser considerada analfabeta funcional, incapaz de leitura e compreensão de textos simples como um bilhete, parece razoável considerar a incapacidade das pessoas de dirigirem, por si, sua vontade, na celebração de negócios mais complexos, como a aquisição de um imóvel³⁶⁴.

Também é necessário considerar que, no Brasil, onde se estima que metade dos imóveis estão em situação irregular, há uma cultura de baixa escrituração das transmissões no registro imobiliário por fatores diversos, como os custos dos tributos incidentes e da remuneração dos serviços notariais e de registro.

Essas circunstâncias, unidas, conduzem àquele que exerce pacificamente a posse de um imóvel, a partir de um instrumento de negócio ilícito, estar na posição jurídica de proprietário, ou ao menos, de que inexisterão barreiras para a aquisição pelo registro.

Esses argumentos são adequados principalmente para as modalidades de usucapião constitucional urbana, rural e urbana coletiva, em que é exigida a condição especial do usucapiente de não ser proprietário de outro imóvel. Dessa exigência, é possível presumir a inexperiência do usucapiente na negociação de imóveis, do que resulta o desconhecimento de ocorrência de violação de regra imperativa.

O elemento intencional, entretanto, deve ser avaliado caso a caso. O histórico de negociações de imóveis do usucapiente, presentes nos acervos de registro imobiliários, e de relacionamento com órgãos públicos de fiscalização da organização do espaço urbano e agrário, segundo os cadastros administrativos, oferecem elementos objetivos para aferir a escusabilidade do erro de direito.

³⁶⁴ EBC – Agência Brasil. *Analfabetismo resiste no Brasil e no mundo no século 21*. Publicado em 08/09/2019. Disponível em: Indicador de Analfabetismo Funcional de 2018, divulgado pelo Instituto Paulo Montenegro – Ação Social do IBOPE. Disponível em: http://acaeducativa.org.br/wp-content/uploads/2018/08/Inaf2018_Relat%C3%B3rio-Resultados-Preliminares_v08Ago2018.pdf, [12/12/2019].
Observatório do Plano Nacional de Educação. Disponível em: <https://www.observatoriodopne.org.br/indicadores/metas/9-alfabetizacao-educacao-juvenis-adultos/indicadores/taxa-de-analfabetismo-funcional/>, [12/12/2019].

Quando o histórico do registro imobiliário revela que o usucapiente já efetivou outras negociações imobiliárias no passado, não é plausível o argumento de desconhecimento da regra imperativa, porque, afinal, sua experiência já lhe apresentou as diligências e cautelas necessárias para a aquisição de um imóvel regularmente.

Também não é plausível o argumento do erro de direito quando, antes do ingresso do usucapiente na posse, ou logo após, o instrumento da transmissão tenha sido apresentado a registro e recusado, mediante nota de exigências que aponta a violação de regra imperativa.

O histórico de relacionamento do usucapiente com órgãos públicos fiscalizatórios também fornece elementos para aferição do elemento intencional da fraude. No caso dos imóveis urbanos, aquele que já requereu autorizações para desmembramentos, loteamentos e edificações, perante órgãos municipais, tem a experiência que ao menos lhe ensina sobre a necessidade do controle municipal nessas hipóteses.

Quem já é proprietário de imóvel rural, por sua vez, já apresenta regular relacionamento com o INCRA, devendo manter atualizados os respectivos CCIR – Certificado de Cadastro de Imóvel Rural, como medida necessária para obter crédito agrícola e formalizar, perante unidades notariais e de registro, transferência, partilha, desmembramento, remembramento, hipoteca, promessa de compra e venda e arrendamento do imóvel.

O próprio CCIR informa, em um dos campos, a fração mínima de parcelamento do imóvel.

Portanto, a experiência do proprietário rural lhe oferece condições para saber que existem regras limitadoras da alienação de imóveis, o que pode afastar os argumentos de erro de direito.

3.3.4 Efeitos da fraude na usucapião de imóveis

Segundo a estratégia tradicional oferecida pela teoria geral da fraude à lei, uma vez identificada sua ocorrência na usucapião de imóveis, a principal repercussão seria a aplicação da norma defraudada, fazendo recuperar sua imperatividade e conferindo primazia ao direito.

O primeiro passo seria reconhecer a impossibilidade jurídica da aquisição, solução que manteria o imóvel em situação irregular. A sanção de nulidade recairia sobre o negócio transmissivo que deu causa ao ingresso na posse *ad usucapionem*.

O segundo passo seria, então, a tomada de medidas necessárias para retornar ao *status quo ante*, e é nesse ponto que a estratégia tradicional falha, uma vez que, na maioria dos casos, a ocupação realizada pelo possuidor estabelece uma situação irreversível ou de difícil reversibilidade.

A alta proporção de imóveis irregulares no Brasil revela que a estratégia isolada de conferir primazia ao Direito, impossibilitando a aquisição, não apresenta resultados efetivos para prevenir e responder ao uso indevido da usucapião.

Como, na prática, é muito difícil a tomada de medidas para reverter a situação, os imóveis são apenas mantidos em situação irregular. A persistência desse estado impede os ocupantes de exercerem seu direito de propriedade, porque a eles é conferida apenas a tutela da posse. Sem a titulação dominial, não podem gozar de vantagens da propriedade, como o acesso facilitado ao crédito produtivo e habitacional, a segurança jurídica própria de um direito objeto de registro – benefícios que melhoram o valor de mercado dos imóveis³⁶⁵.

Em uma abordagem isolada de primazia do direito, se a plena adequação do fato à lei fica, pelas circunstâncias do caso, impossibilitada, persistem as repercussões das irregularidades sobre a qualidade de vida dos ocupantes. Daí a importância da aplicação das novas abordagens presentes nos instrumentos de regularização fundiária, para definir a solução adequada para a fraude na usucapião de imóveis. Mesmo porque os institutos de regularização fundiária, assim como a fraude à lei, se destinam a regularizar, conduzindo uma situação de desconformidade com o Direito para o estado de adequação³⁶⁶.

³⁶⁵ “[...] em virtude da função econômica atribuída constitucionalmente ao direito de propriedade, é essencial que seu titular tenha em mãos um título hábil a registro. Enquanto não houver o registro do título aquisitivo, o aparente titular não é titular jurídico, não é titular de direito, razão pela qual seu patrimônio estará fora da circulação de riquezas”. RODRIGUES, Daniela Rosário. *O direito à propriedade titulada por meio da regularização fundiária*. Em NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (coord.). *Regularização Fundiária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 25-48.

FERRAZ, Patrícia André de Camargo. *Regularização fundiária e desenvolvimento econômico sustentado*. Em NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (coord.). *Regularização Fundiária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 127-153.

³⁶⁶ “O medo da fraude e o zelo desproporcional impedem que se assegure o direito de milhões de pessoas. Postura incompatível com a opção do constituinte, a condicionar o direito de propriedade à sua função social. Não se concebe tanta hesitação, diante de uma propriedade que já foi constitucionalmente relativizada. É o que impede a leitura social dos direitos postos pelo neoconstitucionalismo”. NALINI, José Renato. *Perspectivas*

É possível adotar medidas que fogem do rigor dos extremos ao se combinarem, em um mesmo contexto, estratégias de adequações do fato à regra e flexibilizações da regra para acomodar o fato.

Para resolver a titulação dominial, é suficiente e adequado reconhecer a ocorrência da usucapião – solução que confere primazia ao fato consumado, convertendo a posse em propriedade.

Ocorre, entretanto, que nem o instituto material da usucapião, nem o seu processo judicial e extrajudicial de reconhecimento, trata das consequências práticas da violação de regras de ordenação do espaço urbano e agrário. As conformações do imóvel cuja aquisição é reconhecida continuaram a prejudicar a efetivação de sua função social, uma vez que os processos de reconhecimento da usucapião não viabilizam a elaboração de estratégia de neutralização e mitigação de danos³⁶⁷.

Isso faz questionar se, nos casos de utilização da usucapião como meio de fraude, o interessado deve obrigatoriamente obter o reconhecimento da aquisição do domínio em sede de procedimento de regularização fundiária, por ser o meio processual em que há oportunidade de elaboração de estratégias para viabilizar a recuperação da função social dos imóveis, como a realização de obras de infraestrutura e urbanização e a adoção medidas de recuperação ambiental parcial ou de compensação.

Em resposta, é necessário observar que a própria disciplina de Regularização Fundiária Urbana não condiciona o reconhecimento do domínio à efetiva realização de medidas materiais de melhoria, adaptação e compensação. As obras de implantação de infraestrutura essencial, de equipamentos comunitários e de melhoria habitacional, bem como sua manutenção, podem ser realizadas antes, durante ou após a conclusão do processo administrativo de regularização (art. 36, § 3º da Lei nº 13.465 de 2017).

da Regularização Fundiária. Em NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (coord.). *Regularização Fundiária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 3-10.

³⁶⁷ “Sob a perspectiva social, a regularização fundiária deve trazer benefícios para a cidade, ao atender expectativas da população diretamente beneficiada, bem como as de toda coletividade. Não pode focar somente na regularidade dominial ou nos interesses particulares imediatos dos ocupantes do núcleo habitacional a ser regularizado, pois não pode perder de vista o direito de propriedade ligado à função social desta (art. 5º, incisos XXII e XXIII, da Constituição Federal) e das cidades (art. 182, § 2º, da CF)”. CASTANHEIRO, Ivan Carneiro. *Regularização fundiária urbana: Fundamentos, aspectos práticos e propostas*. Em NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (coord.). *Regularização Fundiária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.107-126.

Contudo, na regularização fundiária de propósito específico, os responsáveis pela efetivação das medidas de mitigação e compensação urbanística e ambiental deverão celebrar termo de compromisso com as autoridades competentes como condição de aprovação do projeto (art. 38, § 2º da Lei nº 13.465 de 2017). Isso porque, nessa modalidade de regularização, em que os favorecidos não são pessoas predominantemente de baixa renda, o projeto deve ser contratado e custeado por seus potenciais beneficiários ou requerentes privados (art. 33, II da Lei nº 13.465 de 2017).

Tal lógica pode ser aplicada aos processos judicial e extrajudicial de usucapião. Identificada a fraude, o reconhecimento da aquisição pode ser viabilizado, desde que o beneficiário se comprometa com as autoridades competentes a efetivar as obras de mitigação e compensação, a serem futuramente definidas.

Subsistirá, portanto, no caso de imóvel urbano, o dever do poder público municipal, no exercício de sua competência constitucional de ordenação urbana, estabelecer e cobrar do usucapiente as medidas necessárias de adaptação e compensação.

No caso de imóveis rurais, compete ao Incra avaliar a conveniência do imediato encaminhamento dos ocupantes ao processo de seleção de beneficiário do programa nacional de reforma agrária (art. 19, VII da Lei nº 8.629 de 1993). Afinal, se reconhecida a usucapião, para regularizar apenas a titulação dominial, será posteriormente necessária a tomada de indesejáveis medidas de desapropriação e remanejamento dos proprietários (arts. 20, I e 21 da Lei nº 4.504 de 1964 e art. 2º, *caput* da Lei 8.629 de 1993)³⁶⁸.

Se o caso revela que o usucapiente não cumpre os requisitos para ser beneficiário da reforma agrária, a regularização do imóvel passará necessariamente pela desapropriação, sem o remanejamento dos ocupantes.

³⁶⁸ Art. 2º da Lei 8.629 de 1993: A propriedade rural que não cumprir a função social prevista no art. 9º é passível de desapropriação, nos termos desta lei, respeitados os dispositivos constitucionais.

Art. 19 da Lei 8.629 de 1993: O processo de seleção de indivíduos e famílias candidatos a beneficiários do Programa Nacional de Reforma Agrária será realizado por projeto de assentamento, observada a seguinte ordem de preferência na distribuição de lotes: VII - aos ocupantes de áreas inferiores à fração mínima de parcelamento.

Art. 20 da Lei nº 4504 de 1964. As desapropriações a serem realizadas pelo Poder Público, nas áreas prioritárias, recairão sobre: I - os minifúndios e latifúndios;

Art. 21 da Lei nº 4504 de 1964. Em áreas de minifúndio, o Poder Público tomará as medidas necessárias à organização de unidades econômicas adequadas, desapropriando, aglutinando e redistribuindo as áreas.

Oferecer a titulação dominial ao usucapiente favorece a futura solução, porque permite ao menos, identificar os integrantes do polo passivo da futura ação desapropriatória.

Portanto, quando identificadas situações de fraude à lei, é possível, ao menos, viabilizar a regularização da titulação e já identificar os responsáveis pelas medidas de adequação ou compensação a serem futuramente definidas pelas autoridades competentes.

3.4 Conclusões sobre a usucapião de imóveis irregulares

As irregularidades presentes em imóveis, por discordância às regras do parcelamento do solo, não lhes retiram a qualidade de *res habilis* para a usucapião.

Como essas limitações operam sobre os atributos dominiais do direito de propriedade, elas não incidem sobre a usucapião, modo originário de aquisição da propriedade baseado na relação direta de posse do usucapiente com a coisa, sem intervenção do seu anterior proprietário.

É justamente essa ausência de incidência que viabiliza aos interessados utilizarem a usucapião como meio indireto para violar as regras de parcelamento, produzindo o mesmo resultado que elas pretendiam evitar: a criação de novas unidades imobiliárias incapazes de atender sua função social.

A teoria da fraude à lei impede que a usucapião, instrumento de regularização fundiária, se transforme em um meio de produção de novas irregularidades, capaz de simplesmente substituir a formalização de transmissões imobiliárias que seriam vedadas pela lei.

A intenção de fraudar do usucapiente pode ser aferida pela identificação de um negócio ou evento transmissivo de domínio, na causa de ingresso na posse; pela verificação de que as partes teriam condições de escriturar normalmente a transmissão, exceto pela regra de parcelamento fraudada; e pela avaliação das circunstâncias pessoais do usucapiente que permitem afastar o argumento do erro de direito.

Não é correto simplesmente afirmar que, mesmo na hipótese de fraude, as regras limitadoras de propriedade deixam de incidir sobre a usucapião, por se tratar de uma aquisição originária. Afinal, a primeira resposta jurídica à fraude deve ser a de resgatar a

imperatividade da lei indiretamente violada, o que significa conduzir os imóveis, da irregularidade, para a regularidade.

Por outro lado, a alta proporção de imóveis irregulares no país aponta para a inviabilidade de abordagens extremas que conferem primazia ao direito, forçando a adequação do fato irregular à lei com medidas materiais nesse sentido.

Considerando a importância da formalidade para o direito de propriedade, a lógica presente na disciplina da regularização fundiária urbana pode ser adotada nos processos judicial e extrajudicial de reconhecimento da usucapião.

Nas hipóteses de fraude, é possível promover a regularização da titulação com reconhecimento da aquisição do domínio, desde que sejam identificados os responsáveis pelas futuras medidas de adequação e compensação pelas irregularidades do imóvel, e que eles se comprometam, perante as autoridades competentes, a efetivá-las.

4 RECONHECIMENTO DA USUCAPIÃO

Consideradas as repercussões materiais da fraude à disciplina do parcelamento na usucapião, é relevante avaliar os processos pelos quais é possível reconhecer a aquisição, verificando como é possível aplicar a solução proposta de viabilizar a titulação do domínio, ante o comprometimento do usucapiente de efetivar as medidas materiais de adequação e compensação para a plena regularização do imóvel.

4.1 Reconhecimento judicial

A sentença que reconhece a usucapião oferece tutela declaratória, identificando direito preexistente, adquirido quando o prazo de aquisição é completado, desde que atendidos os demais requisitos legais, com efeitos que retroagem à data de ingresso na posse (art. 1241 do Código Civil de 2002).

Diferente do seu antecessor, o Código de Processo Civil de 2015 não trata da ação de usucapião como procedimento especial, razão pela qual os pedidos de reconhecimento da aquisição devem ser processados segundo as regras do procedimento comum.

O Código de Processo Civil, deixando de disciplinar de forma específica o procedimento para a ação de usucapião – ao passo que confere detalhado regramento do reconhecimento perante o Registro Imobiliário, no art. 1.071 das disposições finais – estabelece um incentivo à via extrajudicial³⁶⁹.

Apenas dois dispositivos do código trazem disposições particulares sobre a usucapião: o art. 246, §3º, que determina a citação pessoal dos confinantes, exceto quando tiver por objeto unidade autônoma de construção condominial, e o art. 259, I, a respeito da publicação de editais, necessária para ação de usucapião.

³⁶⁹ "[...] parecendo, inclusive, que pretendeu o legislador tornar a forma extrajudicial a regra em matéria de usucapião amigável, fomentando-a, na medida em que a disciplinou pormenorizadamente, com mais fôlego até do que a disciplina que existia no Código de 1973, ao passo que deixou de tratar de maneira específica do procedimento de usucapião judicial". BRANDELLI, Leonardo. *Usucapião administrativa de acordo com o novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 49.

A publicação de edital permite a participação da coletividade no contraditório, o que é indispensável para uma decisão que pretende produzir efeitos contra todos, especialmente em razão da natureza *erga omnes* do direito real cuja aquisição é reconhecida.

Como as disposições do Código de Processo Civil se aplicam supletiva e subsidiariamente aos processos administrativos, é possível que alguns dispositivos tenham repercussões sobre a via extrajudicial de reconhecimento da usucapião (art. 15 do Código de Processo Civil de 2015).

É o caso do art. 178, III, do Código de Processo Civil, a respeito da participação obrigatória do Ministério Público em litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana, assim como o art. 176 sobre a atribuição do *parquet* na defesa de direitos sociais e individuais indisponíveis, como o direito moradia³⁷⁰.

Os procedimentos especiais destinados às modalidades de usucapião constitucional agrária, constitucional urbana e urbana coletiva, previstos nas leis nº 6.969 de 1981 e nº 10.257 de 2001 (Estatuto da Cidade), continuam sendo-lhes aplicáveis.

Essas leis reportam ao procedimento sumário previsto no anterior Código de Processo Civil de 1973, a ser aplicável supletivamente. Mas, como o vigente Código de Processo Civil de 2015 suprimiu tal procedimento, as ações passaram para a regência supletiva do procedimento comum (art. 5º da Lei 6.969 de 1981 e art. 14 da Lei 10.257 de 2001).

Esses procedimentos especiais para a usucapião constitucional agrária, especial urbana e urbana coletiva possuem a peculiaridade de permitir a constituição de título judicial registrável, a partir de sentenças que reconheçam a usucapião alegada como matéria de defesa (art. 7º, Lei 6.969/1981 e art. 13 do Lei 10.257 de 2001).

O registro de qualquer sentença recognitiva de usucapião em defesa pode ser questionado, porque a declaração da usucapião, reconhecendo direito real *erga omnes*, dependeria de processo capaz de permitir a participação dos titulares de direitos eventualmente afetados,

³⁷⁰ TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o Direito Civil*. São Paulo: Método, 2015, p. 311.

como os confinantes do imóvel, e da coletividade, convidada a integrar o contraditório pela publicação de edital³⁷¹.

Dessa forma, o reconhecimento da usucapião em exceção somente poderia produzir efeitos contra o autor da ação, não se admitindo o registro destinado a agregar efeitos contra terceiros. Do contrário, os efeitos *erga omnes* do direito objeto do registro da usucapião, que seguiriam a sentença, teriam como causa uma sentença que veicula coisa julgada de efeitos *inter partes* somente³⁷².

Por ocasião do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0191412-69.2013.8.26.0000, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo teve oportunidade de discutir a questão e conferiu interpretação conforme a Constituição Federal, ao art. 13 da Lei nº 10.257 de 2001, reafirmando a possibilidade de registro da usucapião arguida em defesa, desde que o procedimento fosse adaptado pelo julgador.

Nesses casos, para garantir o devido processo legal, basta oportunizar aos demais eventuais interessados integrarem o contraditório, encerrando de vez qualquer litígio, sem prejuízo à razoável duração do processo, porque, embora possa alongar a duração da ação, as vantagens de uma solução segura e definitiva são compensatórias³⁷³.

Essa solução de adaptação do processo pelo julgador também é aplicável ao reconhecimento judicial das demais modalidades de usucapião que seguem o procedimento comum, segundo o princípio da adaptabilidade, elasticidade ou adequação do processo.

A inafastabilidade da jurisdição impõe ao Poder Judiciário a função de responder a todos aqueles que a ele recorrem, por lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV da Constituição Federal). Dessa função, decorre o dever de que o Poder Judiciário ofereça uma

³⁷¹ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*. vol. II. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1588.

³⁷² LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Arts. 1096 a 1510-A, Livro III – Direito das Coisas in Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. CEZAR, Peluzo (coord.). Barueri: Manole, 2017, p. 1168.

1ª VRPSP, processo nº 583.00.2006.117369-7, julgado em 09/04/2007, juiz Marcelo Martins Berthe.

³⁷³ “[...] o acolhimento da exceção de usucapião especial urbana, sem a possibilidade de levar a sentença a registro e de forma que seus efeitos restrinjam-se inter partes, não traz a solução desejada ao detentor da prescrição aquisitiva, porque deixa de assegurar o efetivo direito à moradia e sujeita-o à propositura de nova demanda [...]. Prejuízo verdadeiro seria declarar inconstitucional um dispositivo cuja função é concretizar outros princípios e ideais constitucionais - a função social da propriedade e a igualdade social - quando é possível adotar solução menos radical, mais benéfica, definitiva e de acordo com os princípios que estariam sendo desrespeitados”. Órgão Especial TJSP, Arguição de Inconstitucionalidade nº 0191412-69.2013.8.26.000, rel. Antonio Vilenilson, julgado em 24/02/2014, DJe de 18/03/2014.

resposta adequada, o que somente será possível se os procedimentos judiciais estiverem organizados de maneira a viabilizar a tutela pleiteada³⁷⁴.

Diante de uma disciplina procedimental inadequada às peculiaridades do caso concreto, que impedem a efetivação do direito fundamental de propriedade, é dever do juiz conformar o procedimento, como meio de tutelar, de maneira mais efetiva, o direito material envolvido na demanda.

O princípio da adaptabilidade, elasticidade ou adequação do processo também permite aplicar, no reconhecimento judicial da usucapião, a solução proposta por este trabalho, segundo a qual, quando verificada a ocorrência de fraude à disciplina do parcelamento, é possível conferir a titulação dominial, desde que identificados os responsáveis pelas futuras medidas de adequação e compensação – os quais se comprometerão perante as autoridades competentes.

Ao identificar que o objeto da usucapião é um imóvel irregular, segundo a disciplina de organização do espaço urbano e agrário, o julgador deve questionar a causa de ingresso na posse e os motivos pelos quais o usucapiente se vale do processo judicial para regularizar seu domínio.

Identificando o elemento intencional de fraudar a lei, por meio da utilização da usucapião para substituir a formalização de um negócio transmissivo ilícito, o julgador deverá adaptar o processo, chamando o Município, se for imóvel urbano, ou a União, se for imóvel rural, para integrar o contraditório, oportunizando a definição, pelas autoridades competentes, das medidas materiais para plena regularização do imóvel ou, ao menos, o comprometimento do usucapiente em efetivar as soluções a serem futuramente definidas.

O título judicial a ser produzido viabilizará tanto a titulação dominial, a partir do registro da usucapião, quanto a constituição da obrigação dos responsáveis pelas obras de adequação e compensação, para plena regularização do imóvel.

³⁷⁴ “Eis que aparece o princípio da adaptabilidade, elasticidade ou adequação judicial do procedimento: cabe ao órgão jurisdicional prosseguir na empresa da adequação do processo, iniciada pelo legislador, mas que, em razão da natural abstração do texto normativo, pode ignorar peculiaridades de situações concretas somente constatáveis caso a caso”. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. vol. 1. 13ª. ed. Salvador: JusPodium, 2007, p. 130-136.

4.2 Reconhecimento em regularização fundiária rural

As disciplinas da regularização fundiária urbana e rural oferecem, hoje, importantes referenciais a serem observados para a compreensão da usucapião.

Se, no plano constitucional, há uma separação no tratamento da política urbana e da política agrícola, fundiária e de reforma agrária, e uma distinção dos parâmetros de função social da propriedade urbana e função social da propriedade rural; no plano legal, essa divisão é espelhada pela autonomia entre os regimes jurídicos da regularização fundiária.

Enquanto a regularização fundiária urbana encontra-se sistematizada pela Lei nº 13.465 de 2017, a disciplina da regularização fundiária rural é dada por leis dispersas³⁷⁵.

Outro traço marcante das leis de regularização fundiária rural é o fato de que a disciplina dos procedimentos voltados à titulação dominial dos ocupantes está associada à preservação do interesse público de demarcação de terras públicas. Nesse aspecto, o instituto da legitimação de posse tem importante aplicabilidade.

No quadro de interesses sociais e econômicos atuais, situações de ocupação consolidada reclamam titulação. Portanto, na regularização fundiária rural, as medidas que

³⁷⁵ Dentre as leis, destacam-se: a) Lei nº 601 de 1850 (Lei de Terras), primeiro marco histórico de regularização fundiária rural, em que se promoveu a primeira legalização de domínio pela legitimação de posse, paralelo à identificação das terras de domínio público; (b) O Decreto-Lei nº 9.760 de 1946 dispõe sobre os bens imóveis da União, demarcação de terrenos para regularização fundiária de interesse social, na regularização da ocupação de imóveis que se presumem da União, como áreas litorâneas não demarcadas, preferência do aforamento aos ocupantes que tenham título registrado no Registro de Imóveis, embora o bem seja público e ocupantes e possuidores; (c) Lei 4504 de 1964 conforma o Estatuto da Terra, com disciplina de Reforma Agrária e Regularização Fundiária; (d) Decreto-lei nº 271 de 1967 apresenta regras sobre a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, importante instrumento para fins específicos de regularização fundiária de interesse social; (e) Lei nº 6.383 de 1976 dispõe sobre o processo de discriminação de terras devolutas da União, sobre a apuração e arrecadação de áreas rurais sem domínio particular e declaradas indispensáveis à segurança e ao desenvolvimento nacionais, e, ainda, sobre a legitimação de posse de terras públicas produtivas; (f) Lei nº 8.629 de 1993 disciplina a reforma agrária; (g) Lei nº 9.636 de 1998 dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União; (h) Lei nº 11.952 de 2009 que estabelece o Programa Terra Legal e sobre a regularização em terras da União, no âmbito da Amazônia Legal; (i) Lei nº 13.340 de 2016 buscou facilitar ou fomentar a regularização, alterando outras leis que, indireta ou reflexivamente, estão relacionadas com a matéria, como a liquidação e a renegociação de dívidas de crédito rural, Programa de Apoio à Conservação Ambiental e o Programa de Fomento às Atividades Produtivas Rurais, dispensa de licitação em alienação e concessão de direito real de uso de terras públicas rurais da União e do Incra. AMADEI, Vicente de Abreu. *Primeiras impressões sobre a Lei nº 13.465/2017*. Em AMADEI, Vicente de Abreu e outros. *Primeiras impressões sobre a Lei nº 13.465/2017*, p. 11-40. E-book disponível em <http://www.arisp.com.br/lei_n13465_2017.pdf [17/12/2019].

promovem a titulação dominial precisam solucionar o binômio tensivo, “*imprescritibilidade-função social*”, a que os bens públicos se submetem³⁷⁶.

A legitimação de posse possui antecedente na Lei de Terras de 1850 (Lei nº 601), pela qual seriam legitimadas as posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária ou havidas do primeiro ocupante, que se achassem cultivadas, ou com princípio de cultura, efetiva morada habitual do respectivo possessor ou de quem o represente³⁷⁷.

O instituto era tratado pelo art. 164 da Constituição de 1967 e substituída a usucapião *pro labore* presente nas três constituições anteriores (1934, 1937 e 1946). O dispositivo previa que lei federal disciplinaria as condições para a legitimação de posse e para a preferência na aquisição de terras públicas³⁷⁸.

Segundo os requisitos do art. 29 da Lei 6.383 de 1976, ainda vigente, a legitimação de posse consiste no fornecimento de uma licença de ocupação, em sede de processo demarcatório de terras devolutas, de área contínua de até cem hectares, pelo prazo de quatro anos, desde que o ocupante a tenha tornado produtiva pelo seu trabalho e o de sua família, não seja proprietário de imóvel rural, e tenha comprovada a moradia e cultura efetiva pelo prazo de um ano.

Preenchidas as condições, o ocupante adquire direito subjetivo de natureza pública à posse do imóvel e, encerrado o prazo mínimo de 04 anos, estabelecido na licença de ocupação, terá a preferência na aquisição, pelo valor histórico da terra nua – hipótese em que a licitação é dispensada, de acordo com o art. 17, § 2º, II da Lei nº 8.666 de 1993.

De fato, a legitimação de posse está vocacionada a conduzir uma situação de fato, a detenção de imóveis públicos, para uma situação de direito, o domínio. Mas esse objetivo é alcançado por meio da transferência do domínio, com aquisições derivadas; muito embora a

³⁷⁶ AMADEI, Vicente de Abreu. *Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia*. Em NALI, José Renato e LEVY, Wilson (coord.). *Regularização Fundiária*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 205 a 230.

³⁷⁷ Art. 5º, *caput*, Lei nº 601 de 1850: Serão legitimadas as posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária, ou havidas do primeiro ocupante, que se acharem cultivadas, ou com princípio de cultura, e morada, habitual do respectivo possessor, ou de quem o represente, guardadas as regras seguintes: [...]. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10601-1850.htm>, [26/06/2018].

³⁷⁸ Art 164, Constituição de 1976: A lei federal disporá sobre, as condições de legitimação da posse e de preferência à aquisição de até cem hectares de terras públicas por aqueles que as tornarem produtivas com o seu trabalho e de sua família. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>, [26/06/2018].

expressão “legitimação de posse” leve a concluir que, ao final, a aquisição ocorrerá por usucapião³⁷⁹.

Seguindo essa lógica, o art. 17, I, i da Lei nº 8.666 de 1993 autoriza a doação ou concessão gratuita de direito real de uso, de imóveis da União, em sede de regularização fundiária de interesse social (Lei nº 11.481 de 2007) e de terras da União no âmbito da Amazônia Legal, com dimensões de até 2.500 hectares

Como demonstrado, a legitimação de posse viabiliza que a titulação dominial de detenções sobre terras públicas possa ser compatibilizada com a regra constitucional de imprescritibilidade dos bens públicos.

Não se confunde a legitimação de posse com a usucapião. A legitimação não tem natureza de usucapião porque está fundamentada em um conceito sem operabilidade contínua. Por ela, o Estado apenas se reconhece fato anterior à lei e, considerando razões de ordem econômica e social, transfere aos possuidores, sob certas condições, terras detidas até então³⁸⁰.

A disciplina vigente de legitimação de posses rurais não possui regra expressa fixando data limite de ocupações, mas por razões lógicas, a operabilidade do instituto ainda é restrita, porque, após a área ser objeto de demarcação ou regularização, outorgados os correspondentes títulos, encerra-se a possibilidade jurídica de outorga de títulos relativos a ocupações que sucederem na mesma localidade.

Seguindo as diretrizes constitucionais de outorga de título de domínio ou concessão de uso, sobre áreas urbanas ou rurais (arts. 183, §1º, 188, §§ 1º e 2º e 189, parágrafo único), o legislador, além de autorizar a transmissão de direitos reais menores em favor de particulares, como a concessão de uso especial para fins de moradia (MP 2.220) e concessão

³⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.760.

³⁸⁰ Foi o que sustentou Francisco Morato, ao tratar sobre lei paulista de demarcação de terras devolutas: “O Estado não se submete à usucapião; reconhece apenas a existência de um fato, do fato da posse anterior à promulgação da lei, por consideração do qual e por motivos de ordem econômica, concede aos possuidores, sob certas condições, as terras possuídas até a data da promulgação. Não há, pois, violação do preceito da imprescritibilidade. O Estado não estatue um preceito de operabilidade contínua; reconhece apenas um fato passado”. *Jornal do Comercio* de 28 de junho de 1942.

Disponível

em:

em:

<http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=364568_13&PagFis=12554&Pesq=28>
[17/12/2019].

de direito real de uso (Lei nº 13.465 de 2017), permitiu a transferência da plena propriedade, por venda ou doação, após a legitimação de posse.

Nessas transmissões, a posse não é a causa material da aquisição, mas mero pressuposto para a realização de atos administrativos que legitimam a ocupação e outorgam o direito real, ainda que tais atos sejam de natureza vinculada³⁸¹.

A própria redação dos dispositivos legais identifica a possibilidade de ter acesso a um direito real, sem alusão ao reconhecimento de um direito já integrante do patrimônio jurídico do ocupante: “*fará jus à legitimação da posse*” (art. 29 da Lei 6383); “*terá a preferência para aquisição*” (art. 29, §1º, Lei 6383); “*tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia*” (art. 1º, MP 2.220), forma distinta da que se emprega para usucapião “*adquirir-lhe-á o domínio*” (art. 9º do Estatuto da Cidade).

Portanto, é possível concluir que a legitimação de posse, e conseqüente aquisição do domínio, é tratada como forma de alienação de bens públicos dominicais, expressamente relacionada no rol de hipóteses de alienação de bens imóveis do art. 17, I, “g” e “i” da Lei nº 8.666/93³⁸².

Reforçando esta compreensão, decisões administrativas paulistas, em julgamentos de dúvidas registrais, orientam-se pelo reconhecimento do caráter derivado das aquisições de terras públicas, por particulares, após as legitimações de posses³⁸³.

³⁸¹ AMADEI, Vicente de Abreu. *Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia*. Em NALI, José Renato e LEVY, Wilson (coord.). *Regularização Fundiária*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 205 a 230).

³⁸² “Indispensável ao registro do título de legitimação de posses é o prévio registro do domínio do Poder alienante (arg. do art. 13, Lei nº 6.383, de 712.73). A legitimação de posse, como já observou, é ato de aquisição derivada: alienação, onerosa ou a título gratuito, por parte do Poder disponente” (1ª VRPSP, processo 416/85, São Paulo, julgado em 29/07/1985, juiz Ricardo Henry Marques Dip).

“De comum com as demais expressões de transferência dominial, tem a legitimação de posse a característica de ser título de aquisição derivada. Inviável, pois, que da legitimação de posse se trate como se fora instrumento de aquisição originária, tal a usucapião, admitindo-se que, com só exibir o título correspondente, de logo se enseje abertura de matrícula e registro sem filiação dominial” (CGJSP, processo nº 71939/84, julgado em 14/03/1986, relator: Ricardo Henry Marques Dip). No mesmo sentido, 1ª VRPSP, processo nº 84/86, julgado em 23/04/1986, relator: Hélio Lobo Júnior).

³⁸³ “Indispensável ao registro do título de legitimação de posses é o prévio registro do domínio do Poder alienante (arg. do art. 13, Lei nº 6.383, de 712.73). A legitimação de posse, como já observou, é ato de aquisição derivada: alienação, onerosa ou a título gratuito, por parte do Poder disponente” (1ª VRPSP, processo 416/85, São Paulo, julgado em 29/07/1985, juiz Ricardo Henry Marques Dip).

“De comum com as demais expressões de transferência dominial, tem a legitimação de posse a característica de ser título de aquisição derivada. Inviável, pois, que da legitimação de posse se trate como se fora instrumento de aquisição originária, tal a usucapião, admitindo-se que, com só exibir o título correspondente, de logo se enseje abertura de matrícula e registro sem filiação dominial” (CGJSP, processo nº 71939/84, julgado em 14/03/1986, relator: Ricardo Henry Marques Dip). No mesmo sentido, 1ª VRPSP, processo nº 84/86, julgado em 23/04/1986, relator: Hélio Lobo Júnior).

4.3 Reconhecimento em regularização fundiária urbana

A Lei nº 11.977 de 2009 disciplinava a regularização fundiária de assentamentos urbanos até ser revogada pela Medida Provisória nº 759 de 2016, convertida na Lei nº 13.465 de 2017, cujo Título II define novo regramento da Regularização Fundiária Urbana (Reurb).

A regularização fundiária urbana é o conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes, orientado pelos princípios de sustentabilidade econômica, social e ambiental e de ordenação territorial eficiente e funcional, com o objetivo de garantir o direito social à moradia digna e às condições de vida adequadas, com efetivação das funções sociais da propriedade e da cidade³⁸⁴.

Pela anterior Lei nº 11.977 de 2009, a legitimação de posse era ato do poder público, em sede de regularização fundiária urbana, destinado a conferir título de reconhecimento de posse em favor dos ocupantes identificados, sob as condições de que não sejam concessionários, foreiros ou proprietários de outro imóvel urbano ou rural, beneficiários de legitimação de posse concedida anteriormente, e os lotes ou fração ideal não sejam superiores a 250 metros quadrados (art. 59 da Lei nº 11.977 de 2009).

Segundo o art. 60 da Lei nº 11.977 de 2009, após 5 cinco anos do registro da legitimação de posse, o titular poderia requerer a conversão do título em registro de propriedade, “*tendo em vista sua aquisição por usucapião, nos termos do art. 183 da Constituição Federal*”.

Quando a dimensão do imóvel fosse superior a 250 metros quadrados, seria utilizada a disciplina relativa a outra modalidade de usucapião cabível, segundo o art. 60, parágrafo único da Lei nº 11.977 de 2009.

A redação do dispositivo legal esclarecia que a conversão da legitimação de posse em propriedade ocorreria por meio da usucapião, independente de declaração judicial. Essa disciplina, portanto, representa uma experiência de reconhecimento extrajudicial da usucapião anterior ao processo criado pelo Código de Processo Civil de 2015.

³⁸⁴ Art. 9º, *caput*, §1º e 10º, VI, VII e VIII, Lei nº 13.465 de 2017.

Entretanto, tal solução não poderia ser aplicável aos bens públicos, segundo a regra constitucional de imprescritibilidade destes bens. Nestes casos, seria necessário adotar a mesma lógica presente na legitimação de posse rural para solucionar a tensão entre imprescritibilidade e função social, a que se submetem os bens públicos ocupados.

Dessa maneira, ainda seria possível atribuir o domínio pleno aos ocupantes, por doação ou compra e venda, ou constituir de direitos reais menores, como a concessão de direito real de uso (art. 7º do Decreto-lei nº 271 de 1967) e a concessão de uso especial para fins de moradia (Medida Provisória nº 2.220 de 2001)³⁸⁵.

Pela nova disciplina da regularização fundiária urbana, segundo a Lei nº 13.465 de 2017, pretendeu o legislador solucionar esse binômio-tensivo, afastando a incidência da legitimação de posse de assentamentos de imóveis públicos e criando uma nova modalidade de aquisição originária supostamente diversa da usucapião, a legitimação fundiária, aplicável a esses terrenos³⁸⁶.

A legitimação de posse continua vocacionada a viabilizar a futura usucapião, mas com a diferença de que, uma vez registrada, a conversão jurídica da posse em propriedade é automática, independente de provocação ou prática de outro ato registral (art. 26, *caput* e §2º da Lei nº 13.465 de 2017).

A eficácia liberatória da usucapião não é irrestrita, pois os ônus, direitos reais, gravames ou inscrições eventualmente existentes na matrícula de origem, continuarão

³⁸⁵ “Modeladas como direitos reais, essas duas ferramentas de titulação atendem, em grau médio, à necessidade de estabilidade jurídica que a regularização das áreas públicas demanda, pois, embora não sejam títulos atributivos de domínio, também não são tão frágeis como os de mero trespasso do uso”. AMADEI, Vicente de Abreu. *Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia*. Em NALINI, José Renato e LEVY, Wilson (coord.). *Regularização Fundiária*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 205 a 230).

³⁸⁶ A leitura do parecer (CN) nº 01 de 2017, produzido pela Comissão Mista da Medida Provisória nº 759 de 2016, demonstra que durante o processo legislativo, foram propostas emendas ao texto original, tentando conferir à legitimação fundiária, a natureza de usucapião, tentando inclusive, afastar sua incidência sobre imóveis públicos. Todas as emendas neste sentido foram rejeitadas, por não tratarem ou não se coadunarem com os objetivos da matéria. Trecho do parecer informa: “As emendas nº 262, do Deputado Luiz Erundina, nº 515, do Deputado Nilto Tatto, nº 526 e nº 529, ambas do Deputado Alessandro Molon, e nº 553, da Senadora Vanessa Grazziotin, propõem a supressão do art. 21 da MPV nº 759/2016. Para os autores das emendas, a autorização da aplicação da Legitimação Fundiária, sem critério de renda, tempo de posse, única propriedade e utilização (...), gera insegurança jurídica e atenta contra a probidade administrativa e boa gestão do patrimônio público. Além disso, o dispositivo institui um verdadeiro “usucapião” que incide indistintamente sobre terras públicas e privadas, mas não exige um tempo mínimo de posse e cujo reconhecimento é feito pelo prefeito, em lugar do Poder Judiciário. Isso tornaria o instituto suscetível de manipulação em benefício de interesses escusos”. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5280347&disposition=inline>>, [17/12/2019].

eficazes quando disserem respeito ao próprio beneficiário (art. 26, § 2º da Lei nº 13.465 de 2017).

Considerando a impossibilidade de usucapião de bens públicos, na regularização fundiária de interesse específico, modalidade que beneficia pessoas que não sejam de baixa renda, a aquisição de direitos reais pelo particular sobre terreno público dependerá do pagamento do justo valor da unidade imobiliária regularizada, a ser apurado na forma estabelecida em ato do Poder Executivo titular do domínio, desconsiderando acessões e benfeitorias efetivadas pelo ocupante e a valorização decorrente de sua implantação (art. 16 da Lei nº 13.465 de 2017).

A legitimação fundiária, por sua vez, constitui forma originária de aquisição de direito, por ato do poder público, em sede de Regularização Fundiária de Interesse Social, àquele que possuir, em área pública ou privada, unidade imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado, existente em 22 de dezembro de 2016 (art. 23 da Lei 13.465 de 2017).

Mesmo sem estabelecer prazo específico, a aquisição pela legitimação fundiária apresenta o pressuposto básico da usucapião, de posse prolongada no tempo. O elemento temporal é insito ao conceito de núcleo urbano informal, compreendido como assentamento de difícil reversão, considerando o tempo da ocupação³⁸⁷.

Esse argumento poderia conduzir à conclusão de que a legitimação fundiária é uma espécie de usucapião. Mas a fixação de data limite para existência do núcleo torna as regras da legitimação fundiária preceitos sem operabilidade contínua, o que distingue o instituto da usucapião. Esta fixação de data limite se coaduna com as finalidades da regularização de prevenção e desestímulo na formação de novos núcleos urbanos informais (art. 10, X da Lei nº 13.465 de 2017).

³⁸⁷ Art. 11, III, Lei 13.465 de 2017: III - núcleo urbano informal consolidado: aquele de difícil reversão, **considerados o tempo da ocupação**, a natureza das edificações, a localização das vias de circulação e a presença de equipamentos públicos, entre outras circunstâncias a serem avaliadas pelo Município [grifos meus].

Art. 23, Lei 13.465 de 2017: A legitimação fundiária constitui forma originária de aquisição do direito real de propriedade conferido por ato do poder público, exclusivamente no âmbito da Reurb, àquele que detiver em área pública ou possuir em área privada, como sua, unidade imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado existente em 22 de dezembro de 2016.

O art. 23, § 4º, dispõe que, na regularização fundiária de interesse social sobre imóveis públicos, os entes de Administração Direta e Indireta, quando titulares do domínio, ficam autorizados a reconhecer o direito de propriedade aos ocupantes do núcleo urbano informal regularizado por meio da legitimação fundiária³⁸⁸.

É necessário questionar, entretanto, se a técnica adotada pelo legislador, de suposta criação de nova espécie de aquisição originária, a legitimação fundiária, é suficiente para afastar a regra de imprescritibilidade dos bens públicos, uma vez que o art. 183, § 3º, e 191, parágrafo único da Constituição Federal de 1988 fazem referência à impossibilidade da usucapião.

Nenhum método de regularização deve ser empregado em contradição com princípios básicos da sociedade. Ainda que tenha nobres propósitos, o legislador não pode criar uma solução que produza o mesmo resultado que a Constituição pretende evitar, a aquisição de bem público contra a Administração, sem a sua intervenção³⁸⁹.

Eventuais aquisições por particulares que importassem perda de direitos pelo Estado não seriam constitucionais. Portanto, nas regularizações fundiárias de interesse social sobre imóveis públicos, a titulação dominial dos ocupantes deve continuar a ser efetivada, por meio da doação, venda ou outorga de direitos reais menores, como a concessão especial de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso.

4.4 Reconhecimento extrajudicial

³⁸⁸ Art. 23, § 4º, Lei nº 13.465 de 2017: Na Reurb-S de imóveis públicos, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e as suas entidades vinculadas, quando titulares do domínio, ficam autorizados a reconhecer o direito de propriedade aos ocupantes do núcleo urbano informal regularizado por meio da legitimação fundiária.

³⁸⁹ “Daí, pois, o cuidado com a ânsia de tudo regularizar, atropelando, por exemplo, a garantia constitucional da propriedade privada ou a norma constitucional que veda a usucapião de bem público, a exigir, para alguns instrumentos (v.g. legitimação fundiária da Lei nº 13.465/2017) prudente e adequada interpretação”

“[...] porque os bens públicos não podem ser usucapidos [...], instrumentos de regularização fundiária de titulação ao particular por prescrição aquisitiva, ou que tem sua *ratio iures* direcionada a este fim, não encontram espaço constitucional em regularização fundiária de áreas públicas. Daí, a criação da concessão especial de uso especial para fins de moradia. Por isso, ainda, diversas regularizações fundiárias de áreas públicas passam, uma vez desafetadas [...], para a titularidade particular dos ocupantes por alienação (doação ou venda: **aquisições derivadas, não originárias**) [grifos meus]”. Em AMADEI, Vicente de Abreu.e outros. *Primeiras impressões sobre a Lei nº 13.465/2017*. Em AMADEI, Vicente de Abreu.e outros. *Primeiras impressões sobre a Lei nº 13.465/2017*, pag. 11-40. E-book disponível em <http://www.arisp.com.br/lei_n13465_2017.pdf> [14/04/2018].

O legislador inspirou-se no êxito de experiências de desjudicialização anteriores, como a usucapião extrajudicial em sede de regularização fundiária e a retificação extrajudicial da descrição de imóveis, para introduzir a possibilidade de reconhecimento da usucapião em processo extrajudicial dirigido pelo Registro Imobiliário³⁹⁰.

O reconhecimento pelo registro imobiliário promove o acesso à justiça, porque amplia as possibilidades pelas quais o interessado pode obter a declaração estatal da ocorrência da usucapião³⁹¹.

E como a via extrajudicial foi concebida como uma alternativa, não há bloqueio da via jurisdicional, ainda que o oficial de registro de imóveis tenha negado provimento ao pedido declaratório, mesmo porque suas decisões são de natureza administrativa e não se revestem da estabilidade da coisa julgada.

Como o processo cuida de questão imobiliária, matéria sobre a qual notários e registradores possuem intensa atuação e desenvolvida *expertise*, o legislador optou por atribuir a preparação da instrução e a direção do processo a esses profissionais do Direito³⁹².

O reconhecimento da usucapião em procedimento extrajudicial, com a intervenção de notários e registradores, já era uma realidade em outros países, como Portugal, Peru, Chile e Argentina.

Em Portugal, onde a via judicial é viabilizada somente em hipótese de litigiosidade, compete às conservadorias portuguesas de registro os processos de justificação de posse, nos quais o oficial é responsável por dirigir a instrução e proferir decisão final de usucapião³⁹³.

³⁹⁰ Parecer final da Comissão Temporária do substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 166. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2014/11/27/veja-integra-do-relatorio-do-senador-vital-do-rego>> [14/05/2018].

³⁹¹ ALVIM, Arruda. *A Usucapião Extrajudicial e o Novo Código de Processo Civil*. Revista de Direito Imobiliário. vol. 79, ano 38. São Paulo: RT, jul./dez. 2015, p. 15-31.

³⁹² MELLO, Henrique Ferraz Corrêa. *Usucapião extrajudicial*. São Paulo: YK, 2016, p. 115.

³⁹³ “A solução idêntica, de falta de competência absoluta dos tribunais judiciais para julgar acções que se configuram como meras pretensões de justificação de direitos sobre imóveis para o efeito de registo, sem oposição de ninguém, tem-se manifestado abundante jurisprudência, embora no sentido de se tratar de incompetência quanto à matéria. Tribunal da Relação de Lisboa, Processo nº 5636/2008-2, relator Jorge Leal, julgado em 06/11/2008, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/0/cf768908a54ad74c8025750e00595bfa?OpenDocument> [13/03/2018]. Artigo 116 e seguintes do Código de Registro Predial. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=488&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so_miolo=, [13/03/2018].

Alternativamente, é possível lavrar escritura pública de justificação a partir das declarações do usucapiente e de três testemunhas, com esclarecimentos das circunstâncias da aquisição e os motivos que impossibilitam a obtenção do título dominial³⁹⁴.

No Peru, o processo destinado a imóveis urbanos desenvolve-se perante notário, a partir de petição subscrita por advogado e testemunhas, acompanhada de trabalhos técnicos com descrição dos bens e visto da autoridade municipal.

Após a realização de diligências no imóvel, as notificações dos proprietários tabulares e a publicação de editais, o notário lavra escritura pública ou completa formulário registral, títulos idôneos para o registro da aquisição³⁹⁵.

Na Argentina, aquisições de imóveis residenciais, decorrentes de posses com causa lícita e com no mínimo 3 anos, em 1º de janeiro de 2009, são regularizadas a partir de requerimento direcionado à autoridade administrativa local. Após a avaliação dos antecedentes dominiais e cadastrais do imóvel, a notificação de titulares tabulares e a expedição de editais, se não houver oposição, o notário lavra escritura de relação ou ata notarial de constatação, título registrável e conversível em propriedade, 10 anos após o registro³⁹⁶.

No Chile, os interessados podem solicitar à Direção de Terras e Bens Nacionais, a expedição de título de reconhecimento regularidade de posse, apresentando provas do exercício da posse e declaração firmada perante notário ou registrador civil da localidade do imóvel, a respeito da origem da posse, antecedentes legais do solicitante e seus antecessores e sobre o conhecimento da existência de registros sobre o imóvel e de outras pessoas que possam ter direitos sobre ele³⁹⁷.

³⁹⁴ Os titulares tabulares e seus sucessores são notificados antes da lavratura da escritura. Ela deve ser instruída com certidões de registro e provas da cadeia de transmissões. Decorridos 30 dias da publicação de extrato da escritura na imprensa, sem impugnação de terceiros, ela poderá ser encaminhada ao registro. Código do Notariado, DL n° 207/95, art. 89 e seguintes. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=457&tabela=leis>, [13/03/2018].

³⁹⁵ Lei 27.157 de 1999, disponível em <<https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/03/Ley27157.pdf>>, [13/03/2018].

³⁹⁶ Mas se houver consentimento do anterior titular do domínio, a escrituração será realizada conforme regras pertinentes ao contrato transmissivo que não pode ser registrado. Lei 24.374 de 1994, disponível no endereço <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/755/textact.htm>>, [13/03/2018].

³⁹⁷ Decreto-lei n° 2.695 de 1979, disponível em <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6982>>, [13/03/2018].

A lei chilena alerta sobre a possibilidade de responsabilização penal por fraudes, presumida quando o interessado estiver, na data de apresentação do seu pedido, na qualidade de locatário ou de adquirente do imóvel, por ato ou contrato escrito.

4.4.1 Ata notarial de usucapião

No reconhecimento extrajudicial da usucapião, o aproveitamento da função notarial ocorre na organização prévia de documentos e produção de provas direcionados a instruir o pedido, por meio do instrumento da ata notarial³⁹⁸.

A função notarial é atividade jurídica estatal, exercida por delegação pelo notário, profissional do Direito com atuação independente e imparcial, responsável por intervir nas relações privadas, de acordo com os interesses negociais das partes, para conferir certeza, autenticidade e eficácia às transações realizadas³⁹⁹.

A atuação notarial desempenha a papel de *gatekeeper* das relações privadas, porque permite depurar relações privadas, elaborando-as no formato que melhor possa atender aos interesses das partes, admitindo que apenas negócios hígidos possam ingressar na realidade jurídica e produzir seus efeitos⁴⁰⁰.

Na direção jurídica das partes, o notário acautela direitos e efetiva a justiça preventiva, em atenção ao interesse público de presença de certo grau de intervenção estatal sobre relações privadas, cuja importância justifica a atuação de um profissional do Direito imparcial, capaz de evitar ilicitudes⁴⁰¹.

³⁹⁸ Parecer final da Comissão Temporária do substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 166. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2014/11/27/veja-integra-do-relatorio-do-senador-vital-do-rego>> [14/05/2018].

³⁹⁹ “[...] o tabelião [e o registrador] não é um escrevinhador, simples redator de documentos, um batedor de carimbos, um chancelador. É um profissional do direito, jurista titular de fé pública, cuja atividade – fundada na independência e confiança do Estado e das pessoas – é preordenada a garantir a segurança jurídica e a paz social. [...] Exerce atividade fundamental à prevenção de litígios”. Parecer nº 486/2012-E, CGJSP.

⁴⁰⁰ O termo se refere ao poder de escolha, a partir de uma ordem objetiva de valores. Desse modo, o *gatekeeper* funciona como um filtro para seleção de informações relevantes. Neste sentido, o notário atua como *gatekeeper*, ao avaliar a vontade das partes de acordo com o ordenamento, como meio necessário para que elas se conformem em negócios jurídicos capazes de simultaneamente, melhor atender o ordenamento e as vontades das partes. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Função social do notariado: eficiência, confiança e imparcialidade*. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁴⁰¹ “Não fosse o assessoramento de um profissional do direito imparcial – o notário -, de modo a acautelar direitos, não teriam os hipossuficientes solução de proteção em seus negócios privados, restando apenas

Os atos notariais possuem fé pública, sendo dotados de forçosa credibilidade dos fatos que o notário declara ocorrer em sua presença, em presunção relativa. Esse atributo permite ao notário exercer a atribuição de presenciar, qualificar e documentar narrativamente fatos jurídicos por ele percebidos (“*cum causa cognitione*”)⁴⁰².

A ata notarial é instituto que deriva diretamente desta atribuição geral de autenticação dos fatos, porque se destina a narrar e descrever, objetivamente, o modo de existir ou fato apreensível pelo notário, por seus sentidos, de maneira fiel, sem alterações, interpretações, adaptação do fato ou juízo de valor⁴⁰³.

Para conferir celeridade ao procedimento, a elaboração da ata deve agregar os elementos necessários à instrução do pedido de reconhecimento extrajudicial da usucapião, fornecendo informações sobre a modalidade pretendida, as características da posse do usucapiente e seus antecessores, o tempo e a causa de ingresso, devendo ainda descrever o imóvel usucapido, indicar seu valor, identificar os imóveis atingidos e seus titulares, e incluir outras informações eventualmente relevantes como os depoimentos colhidos de testemunhas e confrontantes (art. 4º do Provimento nº 65 de 2017 do Conselho Nacional de Justiça).

É possível criticar a disposição do art. 216-A da Lei nº 6015 de 1973 pelo uso dos termos “*atestação do tempo de posse*”. Afinal, se o tempo pretérito não é suscetível de apreensão, não poderia ser objeto de ata notarial⁴⁰⁴.

Entretanto, é possível conjecturar como o notário pode incluir elementos a respeito da situação possessória pretérita. Isso porque, além das atas de presença, nas quais os fatos presenciados são narrados e descritos, é possível que o notário elabore atas de notoriedade, subespécie de atas de presença destinada a comprovar a notoriedade de um fato⁴⁰⁵.

submeterem-se aos desígnios do poder econômico e, posteriormente, buscar o amparo no Poder Judiciário”. BRANDELLI, Leonardo. *Teoria Geral do Direito Notarial*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 297.

⁴⁰² “[...] fé pública é a qualidade ou o atributo juridicamente outorgado a alguém que encerra a autoridade de conferir crédito ou confiança social, pelo exercício da sua função; daí, primeiro, (per prius) a fé pública naquele que a dá, depois (*per posterius*), naquilo que se dá e na crença coletiva ao que se deu em fé; portanto, não há fé pública do povo nem fé pública em algo, sem a fé pública da autoridade”. AMADEI, Vicente de Abreu. *A fé pública nas notas e nos registros*. em *Direito Notarial e Registral Avançado*. YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato (coord.), p. 48-51.

⁴⁰³ BRANDELLI, Leonardo. *Usucapião administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 74 e 75.

⁴⁰⁴ DIP, Ricardo. *Três notas sobre a usucapião extrajudicial*. Em DIP, Ricardo. *Direito Registral e o Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 131 a 145.

⁴⁰⁵ Não são aplicáveis ao nosso direito, por escaparem ao objeto de apreensão de fatos ou por integrarem a competência de outros serviços, as seguintes modalidades de ata notarial: (a) ata de protocolização, destinada à incorporação de um documento aos livros notariais, o que já integra a competência do Registro de Títulos e

Para realizar uma ata de notoriedade, o tabelião investigará se um fato pode ser considerado como certo pelos integrantes de um meio social. Essa técnica é aplicável na verificação da posse de um estado, no exercício habitual de atividade, na existência de filhos, na convivência entre duas pessoas na união estável e se uma pessoa é conhecida, em determinado círculo, por um apelido.

Portanto, os recursos disponíveis para atestar a ocorrência da usucapião não se limitam à constatação presencial da posse, porque outras fontes podem ser aproveitadas, como declarações de confrontantes, testemunhas, apresentação de justo título e documentos demonstrativos de atos possessórios, como comprovantes de pagamento de tributos e contas destinadas ao endereço do imóvel⁴⁰⁶.

O próprio art. 5º, §§ 1º e 2º, do Provimento nº 65 do Conselho Nacional de Justiça trata a diligência pessoal ao imóvel como uma das medidas de possíveis investigação, somente proibindo que a ata seja realizada exclusivamente com base nas declarações do requerente.

Não sendo a diligência essencial para a ata notarial de usucapião, seria possível cogitar a possibilidade de o tabelião lavrar ata a respeito de imóvel não localizado no município de sua circunscrição⁴⁰⁷.

Documentos, relativa ao registro com fins de mera conservação e prova; (b) ata de depósito, para receber coisa, documentos ou valores em depósito; (c) ata de notificação, atribuição específica do Registro de Títulos e Documentos; (d) ata de subsanação, para reparar defeito de forma, omissão ou erro material em ato notarial, não aplicável em virtude da ausência de autorização legal. BRANDELLI, Leonardo. *Teoria Geral do Direito Notarial*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 361 a 373.

⁴⁰⁶ “No procedimento de usucapião extrajudicial, caberá ao tabelião de notas lavrar ata notarial que reunirá todas as provas do tempo de posse *ad usucapionem* [...] Entre essas provas, poderão estar as declarações do requerente, de seus antecessores e de outras testemunhas, além de vários outros documentos oportunos, como comprovantes de pagamentos de despesas incidentes sobre o imóvel (como o imposto predial urbano ou as contas de água e de luz)”. Parecer final da Comissão Temporária do substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 166. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2014/11/27/veja-integra-do-relatorio-do-senador-vital-do-rego>> [14/05/2018].

⁴⁰⁷ “O tabelião pode ser livremente escolhido pelo interessado, desde que se respeite o limite do território municipal (arts. 8º e 9º da LNR). Os tabeliões de notas, ao contrário dos registros de imóveis (art. 12 da LNR), não estão sujeitos a limitação circunscricional para praticar seus atos. Por essa razão, convém suprimir o sintagma “da circunscrição em que situado o imóvel” no inciso I do art. 216-A da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, batizada como Lei de Registros Públicos - LRP (na forma do art. 1.085 do SCD)”. Parecer final da Comissão Temporária do substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 166. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2014/11/27/veja-integra-do-relatorio-do-senador-vital-do-rego>> [14/05/2018].

Mas o art. 5º, *caput*, do Provimento nº 65 do Conselho Nacional de Justiça estabeleceu regra de competência territorial para que a ata seja lavrada pelo tabelião de notas do município em que estiver localizado o imóvel usucapiendo ou a maior parte dele.

Considerados os princípios de prudência e acautelamento da atividade notarial, os tabeliões devem evitar lavrar atas de usucapião sem a realização de diligência, medida útil ao menos para a verificação pessoal da posse atual⁴⁰⁸.

A investigação *in loco* permite a apreensão de relevantes demonstrativos da passagem do tempo, como a presença de construções, sinais de indicativos de seu envelhecimento e a coleta de declarações de testemunhas *in loco*. Portanto, a partir da diligência, a ata terá mais elementos a respeito da veracidade dos relatos e da efetiva ausência de litigiosidade sobre a situação possessória.

Dispensada a diligência, a ata deixa de agregar segurança e celeridade ao processo e perde sua relevância no preparo da instrução do pedido. Se a apresentação de documentos, trabalhos técnicos de engenheiro e declarações do usucapiente e testemunhas, para serem documentados em ata pelo notário, fosse satisfatória como medida preparatória da instrução, bastaria apresentá-los diretamente ao oficial de registro imobiliário, em documentos autênticos, como já é possível no processo retificação extrajudicial da descrição de imóveis⁴⁰⁹.

A ata realizada sem diligência afasta-se do seu propósito de agilizar o processo, porque perde a capacidade de formar o convencimento do registrador, elevando o ônus da demonstração dos fatos alegados – o que pode justificar a necessidade de diligências adicionais pelo oficial, no curso do processo, ou estabelecimento de procedimento de justificação administrativa para esclarecer dúvidas⁴¹⁰.

⁴⁰⁸ “A cautelaridade da função notarial está intimamente ligada ao fundamento da existência do direito notarial e da própria função notarial, que é a intervenção estatal, por meio de um agente delegado, na esfera de desenvolvimento voluntário do Direito, proporcionando o cumprimento adequado deste, bem como a sua certeza, e evitando o surgimento do conflito de interesses”. BRANDELLI, Leonardo. *A função notarial na atualidade*. Revista de Direito Imobiliário nº 80, jan/jun de 2016.

⁴⁰⁹ “Por fim, diga-se que o Direito atualmente repudia a forma pela forma; a forma desnuda de um significado maior, que imponha mera dificuldade sem que se agregue valor. Tolerar-se e até se estimula a forma somente quando ligada a algum conteúdo, a algum valor, como o da segurança jurídica, por exemplo”. BRANDELLI, Leonardo. *A função notarial na atualidade*. Revista de Direito Imobiliário nº 80, jan/jun de 2016.

⁴¹⁰ “As diferenças de procedimento, sobretudo a exigência da ata notarial, se dão visando a agilização da solução do requerimento, ao se pretender reconhecer com mais rapidez os pedidos de usucapião em que não há *contestação*”. 1VRPSP – Processo nº 1008143-25.2018.8.26.0100, São Paulo, julgado em 06/04/2018, publicado no DJ de 17/04/2018.

A disposição do art. 13, § 2º do Provimento nº 65 de 2017 do Conselho Nacional de Justiça, sobre a utilização fraudulenta da usucapião, não é dirigida à elaboração da ata notarial, mas os princípios notariais de prudência e acautelamento orientam o tabelião, no sentido de evitar que seu trabalho seja indevidamente desvirtuado pelas partes como meio de atingir fins ilícitos⁴¹¹.

A identificação da fraude às regras de ordenação do espaço urbano ou rural em si não impede a elaboração da ata por duas razões. Primeiramente porque a lei não impede que a ata descreva um fato ilícito. Segundo porque, como exposto no capítulo anterior, a resposta jurídica a essa fraude é levar o imóvel à situação de regularidade, o que passa pela titulação dominial que a usucapião irá viabilizar.

O mais importante é que a ata seja elaborada de modo que seja capaz de esclarecer o seu destinatário, o registrador e a Administração Pública, sobre a possibilidade de fraude, o que é medida suficiente para evitar que ela se converta em um instrumento de produção de ilícitos.

Quando o tabelião identificar que as conformações do imóvel usucapiendo desatendem regras do parcelamento do solo, deverá investigar a situação, buscando agregar, na ata, elementos que permitem aferir sobre a ocorrência ou inoocorrência de fraude.

Para isso, é extremamente importante investigar as causas de ingresso na posse e as razões pelas quais o usucapiante não consegue obter o registro de sua aquisição. Esses questionamentos permitirão aferir o elemento intencional da fraude, pela verificação da ocorrência de um negócio jurídico cuja formalização os interessados pretenderam substituir.

Nesse sentido, o próprio art. 4º, I, “g” do Provimento nº 65 de 2017 do Conselho Nacional de Justiça determina que a ata notarial deverá apresentar outras informações que o tabelião de notas considere necessárias à instrução do procedimento.

4.4.2 Direção do processo pelo registrador de imóveis

⁴¹¹ “O notário não pode ser o sustentáculo de ilicitudes. Nos atos que preside, deve ele verificar a sua conformidade ao direito, rechaçando os atos que sejam contrários ao ordenamento jurídico. Estes, ou deverão ser reformulados, caso seja possível, ou não deverão ser realizados. Para isto, ele entra no mérito do ato jurídico entabulado pelas partes”. BRANDELLI, Leonardo. *A função notarial na atualidade*. Revista de Direito Imobiliário nº 80, jan/jun de 2016.

O registro imobiliário é atividade jurídica estatal, desempenhada por delegação pelo oficial de registros públicos, profissional do Direito responsável por manter um serviço destinado a dar publicidade às situações jurídicas sobre imóveis, disponibilizando informações a seu respeito aos interessados⁴¹².

A publicidade pela técnica do registro atende ao interesse público de que determinadas situações jurídicas sejam cognoscíveis por todos, como requisito para a constituição de direitos ou para adquirir efeitos *erga omnes*.

O registro permite assegurar a titularidade de direitos, promovendo *segurança jurídica estática*, e agrega confiança ao tráfico jurídico, mitigando a assimetria das informações e garantindo a aquisição do direito por aquele que atuou confiando nas informações registrais; promovendo, dessa forma, a chamada *segurança jurídica dinâmica*⁴¹³.

A confiança que o registro imobiliário consegue inspirar resulta, principalmente, da qualificação dos títulos que lhe são submetidos, por meio da análise da sua legalidade, em seus aspectos exteriores, como: o atendimento à continuidade registral, a disponibilidade dos direitos, a formalização adequada, a verificação de indícios de falsidade ou a ausência de requisitos legais⁴¹⁴.

O registro imobiliário protege a propriedade e permite efetivar sua função social, viabilizando seu melhor aproveitamento ao assegurar os direitos inscritos, o que permite reduzir os custos de transação e facilitar o acesso ao crédito produtivo e habitacional⁴¹⁵.

⁴¹² O registro permite que as informações sejam consultáveis pelos interessados, por meio de certidões, atividade chamada de *publicidade formal*, o que justifica a atribuição de efeitos às situações inscritas, aspecto chamado de *publicidade material*. PASSARELLI, Luciano Lopes. *Teoria geral da certidão registral imobiliária: o princípio da publicidade na era do registro de imóveis eletrônico*. São Paulo: Quinta editorial, 2010.

⁴¹³ TORRES, Marcelo Krug Fachin. *A publicidade no sistema registral imobiliário*. Revista de Direito Imobiliário n° 72, p. 201-263.

BRANDELLI, Leonardo. *Registro de imóveis: eficácia material*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 5-16.

⁴¹⁴ Richter, Luiz Egon. *Da qualificação notarial e registral e seus dilemas*. In: Dip, Ricardo Henry Marques (coord.). *Introdução ao direito notarial e registral*. Porto Alegre: Safe, 2004.

⁴¹⁵ MELO, Marcelo Augusto Santana de. *O meio ambiente e o registro de imóveis*. Revista de Direito Imobiliário, vol. 27, n° 57, jul/dez de 2004. São Paulo, p. 111-147.

GIUSTINA, Bianca Sant'anna Della. *O registro de imóveis como instrumento para a proteção e o desenvolvimento do mercado imobiliário*. Revista de Direito Imobiliário n° 69, jul/dez de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 206-231.

O registro de imóveis também colabora com a função social da propriedade, na medida em que realiza controle formal do seu atendimento pelas operações imobiliárias, a partir da verificação da presença das autorizações de órgãos de proteção ambiental, patrimônio cultural, ordenação urbanística e rural.

Agora, o registro imobiliário também desempenha o papel institucional de promoção da função social da posse, oferecendo uma via alternativa ao reconhecimento jurisdicional da usucapião, para conferir maior estabilidade às situações de ocupação⁴¹⁶.

Portanto, o registrador desempenha a função de *gatekeeper* dos direitos sobre imóveis, depurando-os juridicamente, a fim de garantir a higidez dos direitos reais constituídos e das situações jurídicas com eficácia real, razão pela qual lhe foi confiada a direção dos processos extrajudiciais de reconhecimento da usucapião⁴¹⁷. Este profissional já era responsável pela direção de outros procedimentos extrajudicializados sobre a matéria imobiliária, como a retificação extrajudicial, notificação de devedores fiduciários e compromissários devedores em loteamento urbano e incorporações.

O registrador conta com o imediato acesso às informações integrantes do seu acervo que narram o histórico dos imóveis de sua circunscrição, contando com livros, matrículas, mapas e documentos técnicos capazes de auxiliar na instrução do processo e na verificação mais acertada dos titulares de direitos contra os quais a usucapião ocorreu.

Ao julgar o pedido de reconhecimento da usucapião, o registrador já pode aferir a possibilidade de registro, o que afasta possibilidade de posterior qualificação negativa, por discordância com os princípios registrares, resultante da dissociação entre a atividade que reconhece a usucapião e aquela que a registra.

⁴¹⁶ BARROSO, Lucas Abreu; PASSAMANI, Brígida Roldi. *Usucapião extrajudicial: o procedimento para além da desjudicialização*. Scientia Iuris, vol. 21, n.º 1, Londrina, mar. 2017, p.189-211.

O Registro Imobiliário já realiza a publicidade de algumas situações possessórias, como o registro de legitimação de posse, a inscrição de cláusulas de vigência e preferência de contratos de locações, para oponibilidade a terceiros, as imissões provisórias decorrentes por desapropriações e os contratos de cessão de posse dos entes públicos imitados, aos adquirentes de unidades de parcelamentos populares (art. 167, I, n.º 3 e 41, II, n.º 16 da Lei 6.015 de 1973 e art. 26, §§ 4º a 5º da Lei 6.766 de 1976).

⁴¹⁷ “O Notário é um *gatekeeper* de direitos obrigacionais; o Registrador é um *gatekeeper* de direitos reais ou obrigacionais com eficácia real”. BRANDELLI, Leonardo. *Usucapião administrativa: De acordo com o novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 18-19.

4.4.3 Instrução e contraditório

O art. 216-A da Lei nº 6.015 de 2017, introduzido pela Lei nº 13.105 de 2015 (Código de Processo Civil), oferece a disciplina básica do procedimento para o reconhecimento extrajudicial da usucapião, com diretrizes para viabilizar a adequada instrução do pedido e a formação de um efetivo contraditório, capaz de integrar todos cujas esferas jurídicas possam ser afetadas.

Seguindo o princípio rogatório aplicável aos procedimentos registraes, o processo é instaurado mediante pedido do interessado, representado por advogado, direcionado ao registro imobiliário do local em que estiver localizado o imóvel usucapiendo.

O parecer legislativo final para aprovação do Código de Processo Civil justifica sucintamente a necessidade de representação por advogado, mencionando a finalidade de agregar segurança⁴¹⁸. Mas é provável que a necessidade de atuação de três profissionais do Direito distintos – tabelião de notas, advogado e registrador de imóveis – desestimule a utilização do processo, em razão da exigência de remuneração de tantos profissionais.

É importante ressaltar que exitosas experiências anteriores que desjudicializaram processos, dispensam a exigência de advogado, como a retificação administrativa de registro imobiliário e de registro civil de pessoas naturais e os processos de constituição do devedor fiduciante em mora.

Ainda sobre os custos do procedimento, diferente da desjudicialização promovida pela possibilidade de lavrar escrituras públicas de inventário, partilha, separação e divórcios consensuais, não há regra legal de isenção dos emolumentos para pessoas reconhecidamente pobres.

Observado o princípio de legalidade tributária e o preceito de interpretação literal das isenções (art. 111, II, Código Tributário Nacional), não é possível aplicar ao reconhecimento extrajudicial da usucapião as regras da justiça gratuita, porque elas tratam da atividade judicial mesmo quando repercutem sobre os emolumentos, o que ocorre somente para efetivar decisões judiciais e dar continuidade ao processo judicial.

⁴¹⁸ Parecer final da Comissão Temporária do substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 166. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2014/11/27/veja-integra-do-relatorio-do-senador-vital-do-rego>> [19/12/2019].

Nesse aspecto, o processo perante o registro imobiliário, ao menos na esfera legislativa federal, ainda não oferece medidas que facilitem o acesso à justiça, reduzindo custos, como ocorre no processo judicial de usucapião e na regularização fundiária urbana de interesse social, cujos atos registrares decorrentes contam com isenção dos emolumentos.

Portanto, a dispensa de apresentação de planta e memorial elaborados por engenheiro ou arquiteto, na hipótese em que o imóvel usucapiendo for unidade imobiliária pertencente a condomínio edilício ou loteamento regularmente instituído, foi bem-vinda simplificação para reduzir custos, efetivada pelo art. 4º, §5º do Provimento nº 65 de 2017 do Conselho Nacional de Justiça.

Essa mesma facilidade deveria, então, ser estendida para outros imóveis quando já matriculados com descrição adequada com a realidade, hipótese em que a produção de trabalhos técnicos deixa de ser relevante, para que a eventual abertura de nova matrícula atenda às regras de especialidade registral.

Além da ata notarial, instrui o pedido, a planta e o memorial descritivo, documentos técnicos que viabilizarão a adequada identificação do imóvel usucapiendo, tanto pelas partes que necessitam anuir ou serem notificadas, quanto pelo oficial de registro, responsável por identificar eventuais matrículas ou transcrições que sofrerão repercussões da usucapião, e por descrever o imóvel ao abrir nova matrícula para o imóvel usucapido, atendendo as regras de especialidade objetiva (art. 216-A, I e II da Lei nº 6.015 de 1973).

Também devem instruir o pedido as certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel usucapiendo, do domicílio do requerente e dos demais possuidores, durante o prazo de aquisição – documentos que permitem aferir a mansidão da posse e ausência de oposição de eventuais titulares do domínio (art. 216-A, I e II da Lei nº 6.015 de 1973).

O justo título e outros documentos que demonstram a origem, a continuidade e o tempo da posse, como comprovantes de pagamentos de tributos relativos ao imóvel, também devem ser apresentados com o pedido. Logicamente, a apresentação do justo título somente é essencial nos casos de usucapião ordinária (art. 216-A, IV da Lei nº 6.015 de 1976).

Se os documentos apresentados forem insuficientes para formar o convencimento do oficial, a respeito da presença ou da ausência dos pressupostos para a usucapião, é possível

aprofundar a instrução, por meio da instauração do incidente de justificação administrativa, com o objetivo de formar novas provas compatíveis com os aspectos que necessitam ser esclarecidos (art. 216-A, § 15 da Lei nº 6.015 de 1976, combinado com os arts. 382 e 383 do Código de Processo Civil).

Avaliando as diretrizes de instrução do reconhecimento extrajudicial da usucapião, é possível concluir que elas dão condições para que o oficial de registro de imóveis consiga aferir se a usucapião foi provocada pelas partes, para fraudar a lei, como meio alternativo à formalização de um negócio que viola regras do parcelamento do solo.

A partir da constatação de que, por suas conformações, o imóvel desatende referidas regras, o oficial tem condições de investigar a causa de ingresso na posse, tentando identificar se ela oferece indícios de formação do elemento intencional da fraude, consistentes na presença de um negócio translativo do qual participou o anterior proprietário, mas que não chegou a ser devidamente formalizado.

O direito fundamental ao contraditório nos processos administrativos também pauta a direção do reconhecimento extrajudicial da usucapião (art. 5º, LV da Constituição Federal de 1988), inclusive pela aplicação supletiva dos preceitos do Código de Processo Civil de 2015, destinados à intensificação do contraditório⁴¹⁹.

Na direção dos processos, compete ao oficial zelar pelo efetivo contraditório, assegurando às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais. Os demais participantes do processo, por sua vez, devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão justa e efetiva⁴²⁰.

O efetivo contraditório depende de procedimento organizado, de maneira que, além de possibilitar a mera participação formal e a audiência bilateral das partes, permite alcançar a concreta possibilidade de as partes influenciarem na formação do convencimento do

⁴¹⁹ Art. 15 do CPC de 2015. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

⁴²⁰ Art. 6º do CPC de 2015. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 7º do CPC de 2015. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

juiz julgador, evitando que opiniões preconcebidas impeçam um julgamento mais aberto e ponderado⁴²¹.

No curso do processo registral, a efetivação do contraditório depende do exercício do diálogo e colaboração entre os envolvidos, e ainda determina que a qualificação da situação examinada seja abrangente, com demonstração adequada, pelo oficial, dos fundamentos jurídicos de sua decisão, inclusive para que o interessado possa requerer a suscitação de dúvida⁴²².

No reconhecimento extrajudicial da usucapião, aqueles cujas esferas jurídicas efetiva ou potencialmente sofram repercussões têm oportunidade de integrar o processo, manifestando-se nos próprios documentos que instruem o requerimento, ao neles anuírem, sendo notificados ou tomando ciência por meio de edital publicado (art. 216-A, §§ 2º a 4º da Lei nº 6.015 de 1973).

Os titulares de direitos inscritos nas matrículas do imóvel usucapiendo e de seus confinantes são legitimados passivos certos, sendo-lhes possibilitado anuir ou impugnar o pedido.

A anuência deve ser expressa e é realizável a qualquer momento, sem a necessidade assistencial por advogado, em documento particular com firma reconhecida ou instrumento público⁴²³.

As formas de anuir são variadas, abrangem a declaração tomada na própria ata notarial e podem ser extraídas de instrumento negocial em que o titular do domínio, segundo o registro, atue como transmitente, por ser presumível a anuência ao reconhecimento de usucapião destinada a regularizar a direito que se pretendia transmitir (art. 13 do Provimento nº 65 do Conselho Nacional de Justiça)⁴²⁴.

⁴²¹ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. vol. 1. 13ª. ed. Salvador: JusPodium, 2007, p. 91-92.

⁴²² TORRES, Marcelo Krug Fachin. *Do contraditório no Registro de Imóveis*. Revista Síntese. Direito Imobiliário. Vol. 4, nº 21, mai/jun de 2014, p. 215-238.

⁴²³ Art. 10, § º, Provimento nº 65 do CNJ: O consentimento expresso poderá ser manifestado pelos confrontantes e titulares de direitos reais a qualquer momento, por documento particular com firma reconhecida ou por instrumento público, sendo prescindível a assistência de advogado ou defensor público.

⁴²⁴ Como a obrigação é um processo destinado ao adimplemento, a vontade de se obrigar e a vontade de cumprir a obrigação são simultaneamente declaradas no negócio jurídico. Portanto, a anuência com a regularização do direito que se pretendia transmitir, por coerência, pode ser deduzido da declaração da vontade de cumprir. SILVA, Clovis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 52-59.

Não sendo apresentadas as suas anuências, os legitimados passivos certos serão notificados para se manifestarem no prazo de 15 dias, sendo o silêncio interpretado como concordância. Essa notificação pode ser formalizada pelo próprio serviço de Registro de Imóveis, pelo Registro de Títulos e Documentos, pelo correio, com aviso de recebimento, ou ainda, na hipótese de o destinatário não ser localizado, por edital publicado em jornal ou meio eletrônico.

A União, o Estado, o Distrito Federal e o Município também são legitimados passivos certos e devem ser cientificados pelo Registro Imobiliário, por intermédio do Registro de Títulos e Documentos, ou pelo correio com aviso de recebimento, para que se manifestem em 15 dias.

Constata-se que o procedimento oferece condições para o controle, pelos entes federativos diretamente interessados no respeito às regras urbanísticas e agrárias, sendo-lhes oportunizado levar ao debate a utilização fraudatória da usucapião.

Contudo, mesmo o debate sobre as repercussões da fraude apresenta limitações próprias do procedimento de usucapião extrajudicial, o qual não foi concebido para desenvolver soluções que vão além da titulação dominial, como ocorre na regularização fundiária urbana.

Ao menos com relação aos imóveis urbanos, a regularização fundiária é um meio processual mais adequado para o reconhecimento da usucapião de imóveis que desatendem regras urbanísticas e agrárias, porque permite definir e aplicar medidas que visam à plena regularização do imóvel, indo além da titulação dominial.

Mesmo a via judicial consegue se adaptar melhor às situações de usucapião em fraude, porque o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, veiculado pelo art. 5º, XXXV da Constituição Federal, impede que o juiz deixe de julgar uma causa que lhe foi submetida, proibindo juízos de *non liquet*⁴²⁵.

⁴²⁵ Na legislação ordinária, a inafastabilidade do controle jurisdicional se projeta no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e no artigo 126 do Código de Processo Civil de 2015 que prescrevem a possibilidade do recurso à analogia, costumes e princípios gerais de direito, para evitar que o juiz se exime de julgar.

Art. 4º da LINDB. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 140, CPC. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Dessa forma, é possível ao ente público interessado, a União, no caso de imóvel rural, ou o Município, no caso de imóvel urbano, apresentar pedido contraposto, para condenar o usucapiente a efetivar medidas de adequação ou de compensação, a ser instruído com peças técnicas que demonstrem sua compatibilidade com o caso.

Os oficiais de registro de imóveis, por sua vez, têm atuação restrita à sua competência legal. Sua atribuição legal para reconhecer a usucapião não alcança a imposição de medidas destinadas a neutralizar os danos provocados pela fraude. Nem o oficial de registro de imóveis, profissional do Direito, apresenta formação técnica necessária para lidar diretamente com as medidas multidisciplinares que efetivam a ampla regularização dos imóveis⁴²⁶.

Portanto, independente da ocorrência de impugnação pela União ou Município, quando o registrador identificar que a usucapião é utilizada para burlar regras urbanísticas e agrárias, deverá inicialmente, deixar de declarar ocorrida a aquisição, evitando que o instituto da usucapião e o processo extrajudicial de seu reconhecimento sejam desvirtuados e estimulando a produção de novas situações de irregularidade (art. 13, § 2º do Provimento nº 65 de 2017 do Conselho Nacional de Justiça).

A titulação dominial poderá ser viabilizada mediante a composição dos interesses envolvidos, o que pode ser realizado em sede do próprio processo extrajudicial, por conciliação dirigida pelo oficial de registro de imóveis, nos termos do art. 18 do Provimento nº 65 do Conselho Nacional de Justiça.

Assim, é razoável que o ente público diretamente interessado, União, se o imóvel for rural, ou o Município, se urbano, deem anuência à usucapião, nas hipóteses de fraude à disciplina do parcelamento, mediante o compromisso do requerente se submeter às medidas de compensação ou adequação do imóvel, futuramente definidas pelos órgãos administrativos competentes, para neutralizar os danos decorrentes da fraude.

Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

⁴²⁶ A atuação institucional do registro imobiliário, para efetivar a função social da propriedade, em seu aspecto restritivo, é concretizado pelo controle formal da existência e validade de licenças dadas pelos órgãos de fiscalização competentes, relacionada à adequação do imóvel às prescrições de proteção ambiental, patrimônio cultural, ordenação urbanística e rural. MELO, Marcelo Augusto Santana de. *O meio ambiente e o registro de imóveis*. Revista de Direito Imobiliário, vol. 27, nº. 57, jul/dez de 2004. São Paulo, p. 111-147.

Como já exposto, a própria disciplina de regularização fundiária urbana não condiciona a outorga do título dominial, à realização de medidas concretas para mitigação ou compensação de questões urbanísticas e ambientais, definidas em projeto.

Esta mesma abordagem pode ser aproveitada no reconhecimento extrajudicial. Uma vez identificados os responsáveis por realizar e custear tais medidas, tendo eles assumido a obrigação de submeter-se às medidas futuramente estabelecidas pela Administração Pública, voltadas à plena regularização do imóvel, é possível desde já, conferir a titulação dominial, o que por si, já representa um avanço, na promoção da segurança e da função social do direito real reconhecido.

Se essa composição não for alcançada, a titulação dominial fica inviabilizada em sede extrajudicial, e o usucapiente deverá busca-la na via judicial, ou em processo de regularização fundiária, se o imóvel for urbano (art. 18, § 3º do Provimento nº 65 de 2017 do Conselho Nacional de Justiça).

4.4.4 Conclusões sobre a fraude nos procedimentos para o reconhecimento da usucapião

Avaliando as quatro modalidades de processos, é possível concluir que os processos de regularização fundiária, tanto urbana quanto rural, constituem meios mais adequados e céleres para promover a plena regularização do imóvel. Ou seja, estas duas modalidades de reconhecimento, além de permitir a titulação dominial dos usucapientes, também viabilizam, dentro do mesmo procedimento, a plena regularização do imóvel.

Na regularização fundiária urbana, a aprovação dos projetos depende da avaliação e definição, pela Administração, das medidas de adaptação e compensação urbanísticas e ambientais. Desta maneira, em um mesmo procedimento é possível viabilizar, tanto a titulação do direito adquirido pela usucapião, quanto a regularização em sentido mais amplo, efetivando a função social da propriedade.

Na regularização fundiária urbana de interesse específico, em que a obrigação por efetivar e custear as obras de adaptação e compensação é dos interessados, o procedimento permite ainda definir as medidas em projeto, e identificar os responsáveis por efetuá-las.

Na regularização fundiária rural, no curso dos processos de demarcação de terras públicas ou de reforma agrária, o Incra poderá avaliar a conveniência do imediato encaminhamento dos ocupantes ao processo de seleção de beneficiário do programa nacional de reforma agrária, para ao invés de reconhecer a usucapião de imóvel em desacordo com a disciplina do parcelamento, atribuir-lhes outro imóvel rural, com aptidão para cumprir sua função social.

Se os usucapiantes não puderem ser beneficiados por programas de reforma agrária, o reconhecimento da usucapião servirá ao menos, para identificar os futuros legitimados passivos da necessária medida de desapropriação do imóvel.

Embora juízes e oficiais de registro de imóveis não tenha a expertise e atribuições para cuidar das questões técnicas, de matéria urbanística, ambiental e agrária, os processos cuja direção lhes é atribuída, também se revelam capazes de lidar com a usucapião, quando empregada para fraudar a lei do parcelamento.

No processo judicial, a União, no caso de imóvel rural, ou o Município, no caso de imóvel urbano, tem a possibilidade de veicular por pedido contraposto, a pretensão de que a regularização do imóvel seja plena, além da titulação dominial, de maneira que as medidas de adequação e compensação necessária possam também integrar o título judicial.

No processo extrajudicial, o reconhecimento da usucapião ainda será possível, mas isso dependerá de um esforço conciliatório, dirigido pelo oficial de registro de imóveis, com o objetivo de obter do requerente, o comprometimento com as medidas de adequação e compensação a serem definidas pelas autoridades competentes.

5 CONCLUSÃO

A desjudicialização do reconhecimento da usucapião, promovida pelo Código de Processo Civil de 2015 que disciplina o processo administrativo perante o Registro Imobiliário, foi acompanhada da preocupação de que, a rapidez e simplificação esperada do meio extrajudicial, pudesse estimular a deliberada utilização da usucapião, para substituir a formalização das transmissões imobiliárias.

Preocupado com o desvirtuamento do instituto, o artigo 13, § 2º do Provimento nº 65 do Conselho Nacional de Justiça estabelece a necessidade de justificação dos óbices à correta escrituração das transações, para evitar que a usucapião funcione como meio de burla dos requisitos legais do sistema registral e dos impostos incidentes sobre os negócios imobiliários.

Os riscos da utilização voluntária da usucapião não se restringem, no entanto, ao campo tributário e aos requisitos do sistema registral. As regras de parcelamento do solo também podem ser fraudadas pela utilização deliberada da usucapião.

As cautelas contra a utilização da usucapião com o intuito de fraude não é uma novidade. No Direito Romano, essa apreensão fundamentava a impossibilidade da usucapião de coisas gravadas com cláusula convencional de indisponibilidade. E mesmo antes da criação da via extrajudicial de declaração da usucapião, as decisões judiciais que reconheciam possibilidade de aquisição de imóveis em loteamentos clandestinos, ressaltavam a hipótese de fraude à lei do parcelamento.

A avaliação do panorama geral da usucapião demonstra a importância da finalidade regularizadora da usucapião, para os debates sobre a fraude à disciplina do parcelamento.

Sendo a regularização fundiária destinada a prevenir e desestimular a formação de novos núcleos informais, a usucapião, que consiste em um de seus mais importantes instrumentos, não poderia se converter em um meio de produção de novas situações de irregularidade com relação ao parcelamento do solo.

O desenvolvimento histórico da usucapião demonstra a importância do instituto, para o acesso ao domínio formal. No Direito Romano Clássico, aqueles que não podiam acessar

a propriedade quiritária, dependiam da proteção da posse prolongada no tempo, viabilizada pela atividade pretoriana, o que conformava a chamada a propriedade bonitária. No Brasil colonial, o domínio formal representado pelas concessões de sesmarias somente era conferido a um pequeno grupo, de maneira que a proteção jurídica das ocupações se transformou no principal meio de disseminação do domínio privado no território.

Atualmente, estima-se que 50% dos imóveis do país encontram-se em situação irregular, situação presente tanto nas favelas quanto nos condomínios de luxo. Portanto, como instrumento de regularização, a usucapião continua extremamente relevante no Direito Brasileiro.

É importante ressaltar que a regularização fundiária deve ser compreendida de forma abrangente. Ela vai além da titulação dominial que de fato, é importante para a segurança de direitos e a promoção do crédito produtivo e habitacional. Ela também está relacionada com a função social da propriedade, porque permite definir e efetivar medidas materiais de adequação e compensação, identificadas como necessárias para requalificar o imóvel, de maneira que ele consiga desempenhar suas funções como a promoção de condições dignas de moradia, de trabalho e o desenvolvimento sustentável das cidades e do campo.

As irregularidades presentes em imóveis, por discordância às regras do parcelamento do solo, afetam sua capacidade de atender a função social da propriedade, mas não lhes retiram a qualidade de *res habilis* para a usucapião.

Como as limitações da disciplina do parcelamento operam sobre o atributo dominial de disponibilidade da propriedade, elas não incidem sobre a usucapião, modo originário de aquisição da propriedade, baseado na relação direta de posse do usucapiente com a coisa, sem intervenção do seu anterior proprietário.

Dentre as limitações relacionadas com a organização e ocupação do solo, foram identificadas duas classes principais de normas que, em uma avaliação superficial, não precisariam ser observada nas aquisições pela usucapião: (a) as regras de parcelamento do solo, relativas à unidade imobiliária criada, em que se incluem as disposições de dimensões mínimas dos imóveis; (b) as regras que compatibilizam a criação de novas unidades imobiliárias, com outros interesses, como a tutela do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável das cidades.

A a teoria da fraude demonstra que a usucapião pode ser utilizada como regra de cobertura, para tentar afastar a incidência das regras do parcelamento, violando indiretamente a lei.

A elaboração de regra cogente pode adotar técnica de referência ao comportamento pelo qual o resultado socialmente indesejado, é usualmente alcançado. Sendo impossível prever todas as maneiras pelas quais um resultado pode ser alcançado, as pessoas tentam evitar sua aplicação, por meios alternativos.

A fraude à lei consiste na prática de ato que, isoladamente avaliado, aparenta ser lícito. O agente efetivamente o pratica e se submete aos seus efeitos normais. Mas a ilicitude encontra-se no fato de que, pelas circunstâncias em que o ato é realizado, são produzidos os mesmos resultados que o sistema tentava evitar por meio da regra fraudada.

Três elementos estruturam a fraude à lei: (a) o negócio jurídico ou a conduta aparentemente lícita, de acordo com uma regra de cobertura que permite afirmar, em uma avaliação superficial, que os atos não contrariam a lei e integram a autonomia privada do agente; (b) uma lei imperativa que proíbe a produção de um resultado antissocial, de incidência afastada pela conduta do agente; (c) o propósito do agente de evitar a aplicação da norma cogente, alcançando resultado equivalente ao proibido em lei.

A dificuldade maior na constatação da fraude na aquisição por usucapião encontra-se na caracterização do elemento intencional. Ele pode ser aferido a partir de três critérios sucessivos: (a) identificação de um negócio ou evento transmissivo de domínio, *inter vivos* ou *causa mortis*, na causa de ingresso na posse *ad usucapionem*; (b) verificação de que as partes teriam condições de escriturar normalmente a transmissão, mas não o fazem apenas em função da regra de parcelamento do solo; (c) as circunstâncias pessoais do usucapiente permitem afastar o argumento de que ele incorreu em erro de direito.

O elemento intencional deve ser avaliado caso a caso, e o agente responsável por reconhecer a usucapião poderá verificar o histórico de negociações de imóveis do usucapiente, presentes nos acervos de registro imobiliários, e de relacionamento com órgãos públicos de fiscalização da organização do espaço urbano e agrário, segundo os cadastros administrativos, oferecem elementos objetivos para aferir se o usucapiente tinha conhecimento de que agia *in fraudem legis*.

De acordo com a teoria da fraude à lei, a resposta jurídica inicial às situações fraudatórias é resgatar a imperatividade da regra fraudada, afastando o resultado socialmente indesejado.

O Código Civil de 2002, ao cominar com nulidade os negócios em fraude à lei, filia-se à posição que todos os efeitos do ato devem ser afastados, mesmo aqueles que não envolva repercussões que a norma fraudada buscava evitar.

Na usucapião, esta resposta se resolveria na impossibilidade jurídica da aquisição, mas esta não seria uma solução estrategicamente benéfica aos objetivos de regularização fundiária, porque apenas mantém os imóveis ocupados em situação de irregularidade jurídica.

Nas hipóteses de fraude à disciplina do parcelamento, o melhor seria que o usucapiente buscasse a titulação dominial, consistente no reconhecimento da usucapião, em sede de processos de regularização fundiária urbana ou rural, meios nos quais as autoridades competentes poderão avaliar também, a necessidade de medidas de adequação e compensação, necessárias para a requalificação do imóvel.

Mas é possível viabilizar imediatamente a regularização da titulação com reconhecimento da usucapião, adotando a mesma lógica presente na disciplina da regularização fundiária, que permite a regularização da titulação dominial, mesmo antes da realização de medidas de adequação e compensação.

Assim como ocorre na regularização fundiária urbana de interesse específico, desde que sejam identificados os responsáveis pelas futuras medidas de adequação e compensação pelas irregularidades do imóvel, e que eles se comprometam, perante as autoridades competentes, a efetivá-las, é possível reconhecer a usucapião.

Esta solução tem a virtude de identificar os responsáveis por suportar as futuras medidas voltadas a requalificar o imóvel e já viabilizar a regularização da titulação dominial, o que por si, já é um importante avanço, em termos de segurança de direitos e da função social da propriedade, em seu aspecto promocional, uma vez que a propriedade formal abre possibilidades de acesso ao crédito produtivo e habitacional.

Os processos judiciais e extrajudiciais de reconhecimento da usucapião configuram meio apto para viabilizar esta solução. Juízes e oficiais de registro de imóveis, na direção

dos seus respectivos processos, tem meios para investigar a presença dos elementos que configuram a fraude, e de permitir que a titulação dominial seja concedida, resguardando os interesses na futura requalificação do imóvel.

No processo judicial, a União, no caso de imóvel rural, ou o Município, no caso de imóvel urbano, naturalmente tem a possibilidade de apresentar pedido contraposto, para que as medidas de requalificação possam também integrar o título judicial a ser formado.

No processo extrajudicial, a solução dependerá de um esforço conciliatório, dirigido pelo oficial de registro de imóveis, com o objetivo de obter do requerente, o compromisso de se submeter às medidas de requalificação do imóvel, a serem definidas pelas autoridades competentes.

Se esta conciliação não for alcançada, o reconhecimento da usucapião torna-se inviabilizado, e as partes deverão ser remetidas às vias judiciais ordinárias, sob pena do instituto e do processo extrajudicial desvirtuarem-se em um meio facilitado de fraudar a disciplina do parcelamento do solo (artigo 18, § 3º do Provimento nº 65 do CNJ).

REFERÊNCIAS

AHUALI, Tânia Mara. *Breves apontamentos sobre a usucapião administrativa*. Disponível em <http://iregistradores.org.br/breves-apontamentos-sobre-a-usucapiao-administrativa> [17/03/2018].

ALBUQUERQUE, Joaquim de Campos da Costa de Medeiros. *Consultas do Conselho de Estado: sobre assumptos da competência do Ministerio do Imperio*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1888.

ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Direito das Cousas*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1908.

ALVES, José Carlos Moreira. *A detenção no direito civil brasileiro: conceito e casos*. In: CAHALI, Yussef Said (coord.). *Posse e propriedade: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____, José Carlos Moreira. *Posse*. vol. 1 e 2. Forense: Rio de Janeiro, 1997.

ALVIM, Arruda. *A Usucapião Extrajudicial e o Novo Código de Processo Civil*. Revista de Direito Imobiliário. vol. 79, ano 38. São Paulo: RT, jul./dez. 2015.

AMADEI, Vicente Celeste. AMADEI, Vicente de Abreu. *Como lotear uma gleba: O parcelamento do solo urbano em todos os seus aspectos (Loteamento e Desmembramento)*. 3ª ed. Campinas: Millenium, 2012.

_____, Vicente de Abreu. *A fé pública nas notas e nos registros*. em YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato (coord.). *Direito Notarial e Registral Avançado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____, Vicente de Abreu. *Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia*. Em NALINI, José Renato e LEVY, Wilson (coord.). *Regularização Fundiária*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____, Vicente de Abreu. *Primeiras impressões sobre a Lei nº 13.465/2017*. Em AMADEI, Vicente de Abreu e outros. *Primeiras impressões sobre a Lei nº 13.465/2017*. E-book disponível em <http://www.arisp.com.br/lei_n13465_2017.pdf> [14/04/2018].

BARROSO, Lucas Abreu, REZEK, Gustavo Ellias Kallás. *Accessio Possessiones e Usucapião Constitucional Agrário: Inaplicabilidade do art. 1.243, primeira parte, do Código Civil*. Revista de Direito Privado nº 28. São Paulo, 2006.

_____, Lucas Abreu, REZEK, Gustavo Ellias Kallás. *O Código Civil e o Direito Agrário*. Rivista di Diritto Agrario, v. 2.

_____, Lucas Abreu; PASSAMANI, Brígida Roldi. *Usucapião extrajudicial: o procedimento para além da desjudicialização*. Scientia Iuris, vol. 21, nº. 1, Londrina, mar. 2017.

BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1930.

_____, Clovis. *Direito das coisas*. vol. 1. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941.

_____, Clovis. *Em defesa do projecto de Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/224223>> [27/09/2019].

BONFANTE, Pietro. BONFANTE, Giuliano. CRIFÒ, Giuliano. *Corso di Diritto Romano*. vol. 2. *La Proprietà – Parte II*. Milão: Giuffrè, 1968.

_____, Pietro. CAMPUZANO HORMA, Fernando, BACCI, Luis, LARROSA, Andrés (trad.). *Instituciones de Derecho Romano*. 8ª ed. it. Madrid: Reus, 1929.

BRANDELLI, Leonardo. *A função notarial na atualidade*. Revista de Direito Imobiliário nº 80, jan/jun de 2016.

_____, Leonardo. *Registro de imóveis: eficácia material*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____, Leonardo. *Teoria Geral do Direito Notarial*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, Leonardo. *Usucapião administrativa de acordo com o novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Coleção das decisões do governo do Império do Brasil de 1832*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1906.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Função social do notariado: eficiência, confiança e imparcialidade*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. vol. 3. 8ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1975.

CARPENTER, Luiz F. *Da Prescrição (Artigos 161 a 179 do Código Civil)*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito Ltda, 1958.

CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito civil brasileiro recompilado ou Nova consolidação das leis civis vigentes em 11 de agosto de 1899*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1899.

CASTANHEIRO, Ivan Carneiro. *Regularização fundiária urbana: Fundamentos, aspectos práticos e propostas*. Em NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (coord.). *Regularização Fundiária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAVALCANTI, Amaro. *Elementos de finanças: estudo theorico-pratico*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1896.

CHAMOUN, Ebert Vianna. *A fraude à lei no Direito Romano*. Tese de concurso para provimento da cadeira de Direito Romano da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, 1955.

CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

CORREIA, Alezandre e SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Cadernos Didáticos, 1988.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*. 2ª ed. Coimbra, 1996.

CRUZ, Sebastião. *Direito Romano (ius romanum)*. vol. 1. 4ª ed. Coimbra: Livraria dos Advogados, 1984.

DANTAS, F. C. de San Tiago. *O conflito de vizinhança e sua composição*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Fabio Henrique Di Lallo. *Usucapião da propriedade imaterial*. Dissertação apresentada para obtenção do Título de Mestre, pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

DIAS, Maria Berenice. *Usucapião e abandono do lar: a volta da culpa?* Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Usucapi%C3%A3o%20Maria%20Berenice.pdf> [23/03/2018].

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. vol. 1. 13ª. ed. Salvador: JusPodium, 2007, p. 130-136.

DIP, Ricardo. *Três notas sobre a usucapião extrajudicial*. Em DIP, Ricardo. *Direito Registral e o Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DUARTE, Nestor. *Breve exame da usucapião no direito brasileiro*. Em: *Estudos em homenagem a Clovis Bevilacqua por ocasião do centenário do direito civil codificado no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura; 2018. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc34.pdf?d=636808166395003082>>, [30/11/2019].

ENNECCERUS, Ludwig. KIPP, Theodor. WOLFF, Martin. GONZÁLES, Blas Pérez (trad). ALGUER, José (trad). *Tratado de Derecho Civil*. Tomo 3. vol. 1. Barcelona: BOSCH, 1950.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais*. Atualizado por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: direitos reais*. 14ª ed. Salvador: JusPodivum, 2018.

FERRAZ, Patrícia André de Camargo. *Regularização fundiária e desenvolvimento econômico sustentado*. Em NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (coord.). *Regularização Fundiária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FIGUEIREDO, José Anastácio de. *Memória sobre qual foi a época certa da introdução do Direito de Justiniano em Portugal, o modo da sua introdução, e os grãos de autoridade, que entre nós, adquirio. Por cuja ocasião se trata toda a importante matéria da Ord. Liv. 3 tit. 64*. Em *Memórias de Literatura Portuguesa*. Tomo I. Lisboa: Academia Real das Sciencias de Lisboa, 1972,. Disponível em: http://books.google.com/books?id=m0zAAAAMAAJ&printsec=frontcover&dq=editions:0gYjJzZ_Kxiy_vQTB#PRA1-PA258.M1, [12/09/2019].

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. vol. 2. Brasília: Senado Federal, 2003.

FREITAS, Douglas Phillips. *Usucapião e Direito de Família: Comentários ao art. 1.240-A do Código Civil*. Revista Síntese Direito de Família. vol. 14, n. 71, abril/maio 2012.

GIUSTINA, Bianca Sant'anna Della. *O registro de imóveis como instrumento para a proteção e o desenvolvimento do mercado imobiliário*. Revista de Direito Imobiliário nº 69, jul/dez de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 206-231.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. vol. 2. 2ª ed. São Paulo: Forense, 1962.

_____, Orlando. FACHIN, Luiz Edson (atual.). *Direitos reais*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____, Orlando. *Sucessões*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GUAZZELLI, Mônica. *Usucapião por abandono do lar conjugal: repercussões no direito de família*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Vol. 28 (jun/jul. 2012) – Porto Alegre; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007, p. 107.

IHERING, Rudolf von. POSADA, Adolfo (trad). *La voluntad en La Posesión*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1896. Disponível em: <<https://archive.org/details/BRes040497>>, [09/11/2019].

_____, Rudolf von. POSADA, Adolfo (trad). *Teoría de La Posesión. El fundamento de la protección posesoria*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1892, p. 65. Disponível em: <<https://archive.org/details/B040466>>, [09/11/2019].

LIMA, Alvino. *A fraude no Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1965.

LIMA, Ruy Cirne. *Pequena história territorial do Brasil*. 4ª ed. Brasília: Escola de Administração Fazendária, 1988.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Tratado dos registros públicos*. vol. II, IV e VI. 6ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Arts. 1096 a 1510-A, Livro III – Direito das Coisas in Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. CEZAR, Peluzo (coord.). Barueri: Manole, 2017.

MACKELDEY, Ferdinand. BEVING, Jules. *Manuel de Droit Romain: contenant la théorie des Institutes, précédée d'une introduction à l'étude du droit romain*. 3ª ed. Bruxelles: Société Typographique Belge, 1846.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. *Limitações urbanas ao direito de propriedade*. São Paulo: Atlas, 2010.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, Benedito Ferreira. MARQUES, Carla Silva. *Direito agrário brasileiro*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MARQUES, J. M. Azevedo. *A Hypotheca*. São Paulo: Monteiro Lobato, 1925.

MAYNZ, Charles Gustave. *Cours de droit romain: précédé d'une introd. Contenant l'histoire de la législation et des institutions politiques de Rome*. 5ª ed. vol. 1. Bruxelles: Bruylant-Christophe, 1891. Disponível em: <<https://archive.org/details/coursdedroitroma01mayn/page/766>> [19/09/2019].

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros.

MELLO, Henrique Ferras de. *Ação de usucapião*. Enciclopédia jurídica da PUCSP. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/173/edicao-1/acao-de-usucapiao>> [30/10/2019].

MELLO, Henrique Ferraz Corrêa. *Usucapião extrajudicial*. São Paulo: YK, 2016.

MELO, Marcelo Augusto Santana de. *O meio ambiente e o registro de imóveis*. Revista de Direito Imobiliário, vol. 27, nº. 57, jul/dez de 2004. São Paulo.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Usucapião familiar*. Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2015/12/09/usucapiao-familiar/>> [23/11/2019].

MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e pratica das obrigações ou Tratado Geral dos Direitos de Credito*. Curitiba: Imprensa Paranaense, 1908. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000092.pdf>, [27/09/2019].

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Civil*. tomo I, XI e XIII. Campinas: Bookseller, 2012.

MONTEIRO, Whashington de Barros. *Curso de Direito Civil*. vol. 6. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____, Whashington de Barros. MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de Direito Civil*. vol. 3. 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORATO, Francisco Antônio de Almeida Morato. *Da prescrição nas ações divisórias*. Dissertação para concurso à cadeira de Teoria e Prática do Processo Civil e Comercial (7ª Seção) da Faculdade de Direito de São Paulo, 1917.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Usucapião*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.

NEQUETE, Lenine. *Usucapião especial: Lei nº 6.969, de 10.12.1981*. São Paulo: Saraiva, 1983.

_____, Lenine. *Da prescrição aquisitiva (Usucapião)*. São Leopoldo: Sulina, 1954.

NUNES, Pedro. *Do usucapião*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A, 1956.

PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. *A nova usucapião especial por abandono do lar e a função social da propriedade*. Revista Síntese Direito de Família. vol. 14, n. 71, abr/maio 2012.

PASSARELLI, Luciano Lopes. *Teoria geral da certidão registral imobiliária: o princípio da publicidade na era do registro de imóveis eletrônico*. São Paulo: Quinta editorial, 2010.

PASSOS, Josué Modesto. *A arrematação no registro de imóveis: continuidade do registro e natureza da aquisição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol. IV. Direitos Reais. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*. Vol. 1 e 2. Brasília: Senado Federal, 2004.

PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. *A fraude à lei*. Dissertação apresentada como condição à obtenção do grau de Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1992.

PEREIRA, Virgílio de Sá. *Manual do Código Civil brasileiro, v. VIII: direito das coisas da propriedade*". LACERDA, Paulo (coord.). Edição histórica. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PORTO, Sérgio José. Justificativa de proposta de Enunciado disponível nos anais da I Jornada de Direito Civil, disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201.pdf/at_download/file> [22/04/2019].

RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. vol. 1 e 2. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RICHTER, Luiz Egon. *Da qualificação notarial e registral e seus dilemas*. In: Dip, Ricardo Henry Marques (coord.). *Introdução ao direito notarial e registral*. Porto Alegre: Safe, 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. *Curso de Direito Agrário*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2015, Capítulo XVII. Versão e-book, disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/94425579/v3/document/108961912/anchor/a-108961563>> [23/12/2019].

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROCHA, M. A. Coelho da. *Instituições de Direito Civil Português*. 7ª ed. Tomo I. Lisboa: Livraria Classica Editora, 1907.

ROCHA, Silvio Luis Ferreira. *Função social da propriedade pública*. São Paulo: Malheiros, 2005.

RODRIGUES, Daniela Rosário. *O direito à propriedade titulada por meio da regularização fundiária*. Em NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (coord.). *Regularização Fundiária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. vol. 5. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROSENVALD, Nelson. *Livro Complementar das Disposições Finais e Transitórias* in CEZAR, Peluzo (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole, 2017.

SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. *A fraude à lei e a usucapião extrajudicial, na perspectiva do provimento nº 65 do Conselho Nacional de Justiça*. Revista de Direito Imobiliário. Vol. 86. 2019, p. 29-59.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. RUDORFF, Adolfus Fridericus (trad.). STAEDTLER, Henri (ed.). *Traité de la possession en droit romain*. 3ª ed. Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1893. Disponível em: <<https://archive.org/details/traitdelapossess00savi>>, [07/11/2019].

SILVA, Clovis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

SILVA, José Afonso da Silva. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e Decadência: Início dos Prazos*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____, José Fernando. *Usucapião familiar: problema ou solução?* 2011. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/informação/artigos/usucapiao-familiar-problema-ousolucao/598/>, [23/11/2019].

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. vol. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____, Flávio. *O novo CPC e o Direito Civil*. São Paulo: Método, 2015.

TELLES, José Homem Corrêa. *Digesto portuguez*. vol. 1. Pernambuco: Typ. de M. S. de Faria, 1839, p. 209-217. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242854>> [29/09/2019].

TEPEDINO, Gustavo. *Contornos constitucionais da propriedade privada*. In: Temas de direito civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TORRES, Marcelo Krug Fachin. *A publicidade no sistema registral imobiliário*. Revista de Direito Imobiliário nº 72.

_____, Marcelo Krug Fachin. *Do contraditório no Registro de Imóveis*. Revista Síntese. Direito Imobiliário. Vol. 4, nº 21, mai/jun de 2014.

VAZ, Nelson. *Grafia e Gênero de usucapião*. Rio de Janeiro: Universidade do Brasil, 1958.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direitos reais*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

VIANA, Marco Aurelio S. *Curso de direito civil*. vol. 3. *Direitos reais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

WALD, Arnoldo. AZEVEDO, Álvaro Villaça (atual.). FRADERA, Vera (atual.). *Direitos das coisas*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WETTER, Polynice Alfred Henri Van. *Pandectes, Contenant L'Histoire Du Droit Romain et La Legislation de Justinien*. Tomo 2. Paris: Librairie Générale de Droit Jurisprudence, 1909.