XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL I

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

RIVA SOBRADO DE FREITAS

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito civil constitucional I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Fernando Gustavo Knoerr; Riva Sobrado de Freitas. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-696-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL I

Apresentação

Realizou-se em Porto Alegre - RS, entre os dias 14 a 16 de novembro de 2018, o XXVII Congresso Nacional do Conpedi, com o tema Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito.

Com a participação ativa de professores, pesquisadores, mestrandos e doutorandos de todo o país, o evento revela o amadurecimento acadêmico e a aproximação da teoria à realidade social, assim, contribuiu significativa e democraticamente para a exposição de ideias, para o desenvolvimento de debates acadêmicos e para a apresentação dos resultados das pesquisas realizadas atualmente pelos Programas de Pós-Graduação em Direito do Brasil.

Os artigos científicos apresentados especificamente ao Grupo de Trabalho de Direito Civil Constitucional I durante o XXVII Congresso Nacional do Conpedi, ultrapassam o comprometimento dos pesquisadores brasileiros com o desenvolvimento do pensamento jurídico estratégico nas empresas, atinge, sobretudo, o fortalecimento dos estudos voltados para a constante constitucionalização do direito civil e suas relações de natureza privada.

Nesse sentido, em uma perspectiva disciplinar, interdisciplinar e pluridisciplinar, própria dos tempos atuais, foram apresentados e/ou debatidos no âmbito do GT de Direito Civil Constitucional I, temas absolutamente relevantes para o desenvolvimento do Direito no Brasil, tais como: Indenização nas relações de família; A compatibilidade constitucional da eutanásia com o ordenamento jurídico do brasil por meio do neoconstitucionalismo; A dicotomia entre direito público e privado sob a perspectiva da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares; A função social dos contratos e sua expressão a partir do princípio da solidariedade: um exemplo de constitucionalização do direito civil brasileiro; A multipropriedade imobiliária e a rediscussão do princípio numerus clausus; Análise de coesão do conceito da função social do contrato na doutrina; Análise dos limites ao duplo grau de jurisdição: Possibilidade legal ou infração constitucional? Da união poliafetiva e suas implicações no mundo contemporâneo; Estatuto da pessoa com deficiência, direitos fundamentais e os conflitos diante da realidade empírica: breves apontamentos sob a ótica do direito e da psiquiatria; Função e limites da igualdade no direito privado; O conceito de pessoa com deficiência e a proposta de um diálogo de cortes: análise da sua significação no sistema interamericano de direitos humanos e na jurisprudência dos tribunais superiores;

O direito civil constitucional: novo paradigma do direito privado no ordenamento jurídico brasileiro; O emprego da legitimação fundiária sobre as áreas de titularidade privada: um exame acerca da proporcionalidade do artigo 23 da lei 13.465/17; Propedêutica da verdade no direito processual constitucional brasileiro; Transparência nas relações médico-paciente: a informação à luz dos direitos da personalidade; Usucapião extrajudicial: Introdução do instituto no ordenamento pátrio e os problemas decorrentes de falhas legislativas à luz de direitos fundamentais.

Diante da atualidade e relevância dos temas abordados, a preocupação acadêmica expressada nos trabalhos, bem como pertinência temática com a realidade, espera-se que a publicação dos artigos apresentados durante o evento possa contribuir ainda mais para o desenvolvimento do ensino e da pesquisa do Direito Civil Constitucional no país, mas também para o fortalecimento ainda maior da base de dados disponível para o trabalho acadêmico de professores, alunos e pesquisadores do Direito.

Prof. Dr. Riva Sobrado de Freitas – UNOESC

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr – UNICURITIBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL: INTRODUÇÃO DO INSTITUTO NO ORDENAMENTO PÁTRIO E OS PROBLEMAS DECORRENTES DE FALHAS LEGISLATIVAS À LUZ DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

EXTRAJUDICIAL ACQUISITIVE PRESCRIPTION: INTRODUCTION OF THE INSTITUTE IN THE ORDINANCE OF PASSION AND THE PROBLEMS ARISING OUT OF LEGISLATIVE FAULTS IN THE LIGHT OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Gastão Marques Franco
Henrique Costa de Seabra

Resumo

O presente artigo pretende realizar uma análise histórica e jurídica sobre a introdução do instituto da usucapião no ordenamento jurídico brasileiro, desde a sua origem até a atual forma procedimental, cuja inovação legislativa disciplina o Usucapião Extrajudicial. Dessa forma, serão esclarecidos os seus pontos positivos e negativos, seus impactos práticos e a sua (in) constitucionalidade. Por meio da análise dos dispositivos legais, visitas doutrinárias e jurisprudenciais, foi evidenciado que a referida inovação legislativa fere os direitos à propriedade privada, ao contraditório e à ampla defesa, sendo, portanto, inconstitucional.

Palavras-chave: Usucapião extrajudicial, Lei de registros públicos, Devido processo legal, Propriedade privada, Regularização fundiária

Abstract/Resumen/Résumé

This article intends to carry out a historical and legal analysis on the introduction of the acquisitive prescription institute in the Brazilian legal system, from its origin to the present procedural form, whose legislative innovation disciplines the extrajudicial acquisitive prescription. In this way, its positive and negative points, its practical impacts and its (in) constitutionality will be clarified. Through the analysis of legal provisions, doctrinal visits and jurisprudence, it was evidenced that the aforementioned legislative innovation violates the rights to private property, to the contradictory and ample defense, and, therefore, is unconstitutional.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Extrajudicial acquisitive prescription, Public registrations act, Due legal process, Private property, Landholding regularization

1 INTRODUÇÃO

A usucapião, também denominada por parte da doutrina como prescrição aquisitiva, é uma instituição bastante antiga que serve como instrumento de aquisição da propriedade, móvel ou imóvel, e outros direitos reais à ela inerentes, por um ou mais indivíduos, que exercem posse sobre um bem por um determinado período de tempo, atendendo a certos requisitos legais.

Proveniente do latim *usucapio*, que significa tomar por meio do uso, sua origem remonta à Lei das Doze Tábuas, que consagrava ao posseiro o direito à aquisição do bem móvel ou imóvel. No entanto, somente com o Código de Justiniano se vê a sua remodelação, criando a essência do instituto atual.

Nesse sentido, no Brasil é possível verificar a sua influência, ainda que de forma tímida, desde a Lei de Terras, em 1850. A Constituição Federal de 1934, pela primeira vez alçou o instituto do Usucapião como matéria constitucional, o que constata a sua importância e destaque no ordenamento jurídico brasileiro.

Atualmente, com a edição pelo legislador da Usucapião Extrajudicial, por meio do art. 1.071 do Novo Código de Processo Civil, foi facultado ao interessado realizar todo o seu procedimento por meio de Cartório de Registro de Imóveis, evitando assim a lentidão do Poder Judiciário e garantindo um atendimento mais célere ao interessado.

No entanto, apesar do protagonismo e importância desse instrumento de regularização fundiária, não se pode olvidar a sua utilização para usurpar direitos fundamentais garantidos a todo cidadão brasileiro e estrangeiro que possua bens no Brasil.

Apesar de ter seu procedimento regulado e disciplinado na Lei de Registros públicos, esse instituto de direito privado deve, assim como os demais, respeitar a Constituição Federal.

Dessa forma, este artigo pretende esclarecer se existe alguma inconstitucionalidade nas normas que disciplinam a usucapião extrajudicial. Para tanto, utilizando da vertente metodológica jurídico dogmática e do método dialético, os autores pretendem investigar o tema à luz do Direito Civil Constitucional, de modo que se avalie o seu impacto na sociedade e na qualidade de vida dos cidadãos brasileiros.

2 O INSTITUTO DA USUCAPIÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Pode-se definir a usucapião como a aquisição da propriedade de um determinado bem devido à posse prolongada sobre ele mediante certas condições estabelecidas em texto normativo legítimo (VENOSA, 2014).

A variação de conceitos sobre esse instituto não possuí demasiada importância quando da análise e reconhecimento de seus elementos básicos, que não mudam nas diversas denominações dadas pela doutrina, quais sejam, a posse e o tempo (PEREIRA, 2015).

Portanto, o exercício de uma situação fática (posse), durante um lapso temporal previsto de forma expressa em um texto normativo competente, enseja a aquisição da propriedade por um indivíduo por meio da usucapião.

Deixando de lado sua evolução histórica como instituto de direito material, que não possuí grande relevância prática no presente estudo, é importante para entendimento nesse trabalho que o fundamento principal da usucapião é a função social da propriedade, um princípio constitucional expresso no artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988, conforme bem ressaltado por Benedito Silvério Ribeiro, ao citar José Celso de Mello Filho:

> "A *ratio essendi* da usucapião, inegavelmente, é a promoção do bem comum. E, a propósito, assinala o preclaro Min. José Celso de Mello Filho, do Supremo Tribunal Federal: "a função social inerente à propriedade *justifica* a perda do domínio, em favor do possuidor, por via do usucapião. Este instituto *resgata* a hipoteca social que incide sobre o próprio direito de propriedade. É por isso que se legitima, em face da ordem constitucional, a regra legislativa ordinária que atribui ao usucapião eficácia extintiva do direito real de propriedade"." (RIBEIRO *apud* FILHO, 2006, p. 2).

Existem ainda autores que vão além, e enxergam como fundamento da usucapião a função social da posse, que seria um princípio implícito no ordenamento jurídico, decorrente do efeito irradiante dos princípios constitucionais e de uma interpretação e aplicação normativa que respeitem esses princípios, algo que vem ganhando cada vez mais força entre os que doutrinam sobre o assunto (ALBUQUERQUE, 2002).

Para esses autores, a função social da propriedade não se confunde com a função social da posse, sendo aquela uma limitação ao exercício dos poderes dominiais por parte do proprietário, para garantir uma justiça social com sua propriedade, e essa algo inerente ao aproveitamento do bem sobre o indivíduo, garantindo direitos fundamentais como a moradia e à saúde.

A doutrina majoritária classifica o instituto como forma originária de aquisição da propriedade, já que representa a concretização de uma situação fática, sem liame entre a nova propriedade reconhecida e o antigo proprietário do bem, não havendo transmissão de vícios ou limitações anteriores sobre ele (RIBEIRO, 2006).

Parte minoritária da doutrina, mas com autores renomados como Caio Mário da Silva Pereira, consideram a usucapião uma forma de aquisição derivada da propriedade, tendo em vista que a inércia e negligência do antigo proprietário é algo inerente à essa situação, permanecendo o direito deste até o efetivo reconhecimento da propriedade pelo usucapiente (PEREIRA, 2015).

No entanto, o entendimento dominante é de que trata-se de modo originário de aquisição da propriedade, principalmente graças aos efeitos decorrentes da aquisição. Isso é refletido na jurisprudência pátria, que decide frequentemente baseada nessa definição, afastando, por exemplo, no caso de imóveis, a incidência do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), conforme o seguinte caso julgado pelo Egrégio Tribunal de Minas Gerais:

> *EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - TRIBUTÁRIO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER - ITBI - USUCAPIÃO - AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA - NÃO INCIDÊNCIA. Em que pese o Código Tributário Municipal estabelecer como hipótese de incidência do tributo a sentença declaratória de usucapião isentando do imposto quando se tratar de terreno que não tenha mais de duzentos e cinqüenta metros quadrados, o Supremo Tribunal Federal já decidiu em sentido contrário. Usucapião é um modo originário de aquisição de propriedade, visto que neste instituto não ocorre transmissão de propriedade do bem e, por conseqüência, esta fora do campo de incidência do ITBI, que abrange somente a transmissão de propriedade.* (TJMG - Apelação Cível 1.0521.10.000002-0/001, Relator(a): Des.(a) Ângela de Lourdes Rodrigues , 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 06/08/2015, publicação da súmula em 17/08/2015).

A par dessa discussão doutrinária, o instituto da usucapião está positivado em diversos diplomas legais do nosso ordenamento jurídico, desde a própria Constituição

Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, até outras leis mais específicas, como o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257 de 2001) e o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001 de 1973).

Se apresenta em diversas modalidades, cada uma com requisitos e características próprias, como a usucapião extraordinária, ordinária, coletiva urbana, familiar, dentre outras, não sendo necessário nesse momento explicitar e pormenorizar os detalhes de cada uma.

Relevante no presente estudo é o entendimento de que a forma de concretização da usucapião no Brasil, até as alterações legislativas mais recentes, quase sempre foi através de uma ação proposta diante do Poder Judiciário.

Essa ação possuía inclusive um procedimento especial previsto no Livro IV, Título I, Capítulo VII, do Código de Processo Civil de 1973, com regras procedimentais específicas, tamanha sua utilização e importância na prática forense.

Conforme defendido por vários doutrinadores, seria inviável reconhecer a propriedade dessa forma sem a contenciosidade inerente em um procedimento judicial, nesse sentido é a valiosa opinião de Benedito Silvério Ribeiro:

> "É inviável proceder ao reconhecimento da prescrição aquisitiva nos estreitos limites da via administrativa.
> Cuida-se de hipótese impossível de acontecer, cingindo as discussões, na maioria das vezes, a registros públicos, em especial ao imobiliário, quer por procedimentos de dúvidas, quer por requerimentos dirigidos ao oficial ou ao juíz competente" (RIBEIRO, 2008, p. 1099).

No entanto, o direito é dinâmico, e o reconhecimento da propriedade por meio da usucapião feita extrajudicialmente passou a ganhar força em nosso ordenamento jurídico com o passar do tempo, sustentada principalmente pela busca por celeridade e diminuição de custos, fenômeno que passará a ser analisado nesse trabalho.

O ponto a ser observado nesse artigo, no entanto, é que esse procedimento, mesmo sendo introduzido com a intenção de fazer valer diretrizes importantes na prática, acaba por desrespeitar direitos fundamentais positivados na Constituição Federal, com regras procedimentais problemáticas e suscetíveis de grandes indagações futurasde natureza constitucional.

Para demonstrar o problema, é necessário, antes de mais nada, expor como tal procedimento é realizado, pormenorizando as regras legais que serão objeto de indagação constitucional nesse artigo.

3 PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL DE USUCAPIÃO

A aquisição da propriedade imóvel ou de outro direito real através da usucapião sempre foi vista como algo difícil de se concretizar, em razão dos problemas conhecidos do Poder Judiciário brasileiro, como o alto custo e, principalmente nesse caso, a morosidade.

Antes mesmo da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico já previa um procedimento administrativo da usucapião, na Lei nº 6.969 de 1981, que em seu artigo 4º, § 2º, permitia que "no caso de terras devolutas, em geral, a usucapião especial poderá ser reconhecida administrativamente, com a consequente expedição do título definitivo de domínio (...)".

Esse procedimento perdeu sua aplicação prática com a promulgação da Constituição de 1988, que trouxe de forma expressa a proibição da aquisição de imóveis público por usucapião, no parágrafo 3º do artigo 183 (RIBEIRO, 2006).

O reconhecimento da propriedade por usucapião era feita por meio de um denominado procedimento especial, previsto no Código de Processo Civil de 1973, que continha algumas regras peculiares de extrema importância prática, como a intervenção obrigatória do Ministério Público em todos os atos do processo. Além disso, a jurisprudência também exigia dois outros requisitos de extrema importância nessa ação, consolidados nas Súmulas 263 e 391 do Supremo Tribunal Federal, de que o possuidor deveria ser citado pessoalmente para a ação de usucapião, assim como o confinante certo.

Percebe-se que o legislador sempre se preocupou de maneira diferenciada com esse procedimento, tendo em vista os direitos fundamentais envolvidos, principalmente o direto à propriedade privada e ao devido processo legal.

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, o rito judicial da ação de usucapião deixou de ser elencado como especial e passou a ser tratado como procedimento comum, mas a regra relativa à citação pessoal dos confinantes se manteve de forma expressa no parágrafo 3º do artigo 246.

Entretanto, a maior novidade introduzida com esse novo código processual veio no seu artigo 1.071, que determinou o acréscimo do artigo 216-A na lei de Registros Públicos, o qual admite e regula o pedido de reconhecimento extrajudicial da usucapião.

Uma regra específica desse procedimento administrativo, que será bastante analisada no presente artigo, era considerada um entrave para a concretização do reconhecimento extrajudicial: a necessidade de assinatura dos titulares de direitos reais ou outros direitos averbados na matrícula do imóvel, e caso não houvesse essa assinatura e uma resposta dos mesmos após a notificação do cartório competente, o silêncio deveria ser interpretado como discordância ao reconhecimento da propriedade.

Com o surgimento e a facilitação, através da Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, de realizar-se um procedimento extrajudicial de usucapião, os operadores do direito e empresários do setor imobiliário em geral, vislumbraram apenas aspectos positivos diante dessa situação.

Isso porque, a regra referente à assinatura mencionada acima se modificou substancialmente, já que o silêncio dos titulares de direitos sobre o imóvel após a notificação do cartório passou a ser interpretado como concordância para o reconhecimento da propriedade pelo requerente.

Entretanto, essa lei que passou a facilitar a via administrativa para o reconhecimento da propriedade pela usucapião foi feita sem o necessário debate e participação da população em geral.

Trata-se, na verdade, da conversão da Medida Provisória nº 759 de 2016, momento em que o país atravessava uma grave crise política e representativa, e tem como objetivo principal a regularização fundiária urbana e rural, além da criação do direito real de laje, como se extrai do próprio texto normativo:

> *Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; e dá outras providências.*(Lei nº 13.465 de 2017).

Percebe-se que essa lei modificou de forma substantiva o procedimento extrajudicial de usucapião, sendo que esse sequer era seu objetivo principal, sem o

estudo aprofundado sobre as consequências práticas e a constitucionalidade das novas regras, além da participação popular necessária devido à crise política vivida no país.

De fato, a regularização do registro de vários imóveis que não pertencem mais aos antigos proprietários, feita de forma mais célere e menos custosa, seria extremamente vantajosa para todos, inclusive para o Estado, que poderia, por exemplo, fiscalizar e tributar melhor os verdadeiros proprietários.

Além disso, o registro imobiliário atualizado e regular traz vantagens para a compra e venda de imóveis, incorporações imobiliárias e outros negócios jurídicos onde o imóvel pode ser dado como garantia, por exemplo, ficando evidente o impacto e a importância dessa forma de aquisição da propriedade imóvel de forma mais simplificada para o mercado imobiliário em geral.

No entanto, pouco se debateu até o presente momento sobre a constitucionalidade de certas inovações legislativas que possuem como objetivo a celeridade do procedimento extrajudicial de usucapião, o que poderia explicitar aspectos negativos das mesmas.

Por exemplo, a Constituição Federal prevê, em seu artigo 5º, inciso LV, que é assegurado aos litigantes em processo judicial e administrativo o direito ao contraditório e à ampla defesa. Nesse caso, seria constitucional a norma editada recentemente que determina a interpretação do silêncio de algum titular de direito real sobre o imóvel, após teoricamente ter sido notificado por um cartório, como concordância em relação à usucapião extrajudicial? Se esse titular do direito real não for devidamente notificado pelo cartório ele poderia ajuizar uma ação reivindicatória posteriormente? A busca por uma celeridade nesse procedimento elaborado sem a necessária discussão e participação popular não estaria desrespeitando o direito constitucional à propriedade privada?

São justamente essas hipóteses descritas acima que surgirão com uma investigação jurídica aprofundada da constitucionalidade das inovações legislativas desse procedimento em confronto com os direitos positivados na Constituição Federal, que passará a ser feita no próximo tópico.

4 O PROBLEMA À LUZ DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nesse momento, após a introdução do tema e de sua evolução no ordenamento jurídico, deve-se analisar o problema aqui levantado: até que ponto o procedimento extrajudicial de usucapião, da maneira como está regulamentado atualmente, respeita direitos constitucionais fundamentais de extrema relevância para os indivíduos?

Mais especificamente, serão analisados o direito à propriedade privada e a função social da propriedade, além do contraditório e à ampla defesa, todos positivados no artigo 5º da Carta Magna, sendo classificados como direitos e deveres individuais e coletivos fundamentais.

Para esse estudo constitucional, serão utilizados como base metodológica nesse artigo os ensinamentos de José Afonso da Silva e de José Joaquim Gomes Canotilho sobre o conceito e a importância dos direitos fundamentais, em especial o direito à propriedade e ao contraditório e à ampla defesa.

Os direitos fundamentais se apresentam como a positivação no diploma legal de maior importância de valores e necessidades básicas para a sobrevivência e uma vida digna dos indivíduos de determinada sociedade, como o direito à vida, à liberdade, à propriedade, dentre outros. Nesse sentido, J.J Canotilho bem explica sua fundamental importância quando positivados na Constituição de um território:

> *(...) A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados "naturais" e "inalienáveis" do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de Fundamental Rights colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (...).* (CANOTILHO, 2002, p. 375)

José Afonso da Silva demonstra ainda o aspecto inerente à própria terminologia dos direitos fundamentais, como algo sem o qual o indivíduo sequer se realiza em sociedade:

> No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais *do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. (SILVA, 2016, p. 180)

Apresentando-se como direitos que devem ser sempre respeitados e perseguidos, torna-se evidente que as demais regras contidos no ordenamento infraconstitucional jamais podem ir ao desencontro desses direitos fundamentais, sob pena, inclusive, de serem declaradas inconstitucionais e consequentemente ineficazes por meio dos diversos instrumentos processuais cabíveis.

Pois bem, o direito à propriedade privada está positivado na Constituição Federal em alguns dispositivos, mas especialmente no *caput* do artigo 5º e em seu inciso XXII, que inaugura justamente o título concernente aos direitos e garantias fundamentais.

Sua colocação nesse e em outros artigos da Constituição não é acidental, pois esse direito já foi inclusive considerado como absoluto e natural, permitindo-se em tempos passados inclusive ferir o direito à vida de possíveis invasores da propriedade privada (SILVA, 2016).

Tal concepção encontra-se ultrapassada, pois, conforme positivado na própria carta magna, a *propriedade atenderá a sua função social* (artigo 5º, XXIII, da Constituição Federal), evidenciando o caráter comunitário e social que deve ser perseguido no exercício e na garantia da propriedade privada, de modo que está poderá e deverá ser relativizada em certas ocasiões para alcançar esse fim.

No entanto, não se deve perder de vista que esse direito permanece sendo fundamental e de extrema relevância em um modelo de sociedade capitalista, assim como o direito à saúde, à liberdade, etc. (ROSENFIELD, 2008).

Nesse sentido, até que ponto o direito fundamental à propriedade privada poderia ser reconhecido e extinto por meio de um procedimento extrajudicial, que visa celeridade e redução de custos, elaborado legislativamente sem a devida participação popular, graças à profunda crise política vivida pelo país nos últimos anos?

Sendo um direito fundamental de extrema importância, a sua relativização excessiva visando a busca pela função social por meio de um procedimento mais célere de usucapião pode comprometer as próprias bases de uma sociedade livre e igualitária.

Ora, para se criar um instrumento administrativo de reconhecimento da propriedade privada, o mínimo que deveria se exigir é uma transparência no momento de elaboração legislativa, que deveria ser feita com participação e influência popular, o que claramente não aconteceu no procedimento extrajudicial da usucapião.

Apesar da usucapião representar uma forma de aquisição originária de propriedade, raro são os casos em que não existe um titular do direito da propriedade usucapida no registro do imóvel, e uma falha procedimental poderia acarretar reivindicações futuras por esses antigos proprietários, gerando mais custo e morosidade nos processos judiciais.

Por isso que a notificação desses titulares de direitos reais sobre o imóvel é imprescindível, já que um indivíduo poderia estar sendo privado de um direito fundamental sem sequer saber da existência desse procedimento extrajudicial.

Levando isso em consideração, surgem outros dois direitos fundamentais que poderiam estar sendo feridos nesse novo procedimento: o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Em um processo judicial de usucapião, os confinantes do imóvel devem ser citados pessoalmente (artigo 246, §, 3º do Código de Processo Civil), e caso esses confinantes e os titulares de direitos reais sobre o bem não forem encontrados, acarretando na sua citação ficta, por edital ou por hora certa, deverá ser nomeado curador especial (artigo 72, II, do Código de Processo Civil) para garantir o direito ao contraditório e à ampla defesa, mesmo sofrendo os efeitos da revelia.

Nesse caso, em nenhum momento a ausência dos titulares de direitos reais e dos confinantes do imóvel no processo é considerada como uma concordância tácita ao pedido de reconhecimento da usucapião, já que essa declaração de vontade obviamente deve partir de forma expressa do interessado.

Não é o que ocorre no procedimento extrajudicial da maneira como está regulado atualmente, pois segundo o § 2º e §13º do artigo 216-A da Lei de Registros Públicos, após as recentes modificações legislativas, caso o titular de direito real sobre o imóvel não se manifestar expressamente no procedimento, seu silêncio será interpretado como concordância tácita ao deferimento o pedido:

> *Art. 216-A (...)*
> *(...)*
> *§ 2º Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes, o titular será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar consentimento expresso em quinze dias, interpretado o silêncio como concordância.*
> *(...)*

> *§ 13. Para efeito do § 2º deste artigo, caso não seja encontrado o notificando ou caso ele esteja em lugar incerto ou não sabido, tal fato será certificado pelo registrador, que deverá promover a sua notificação por edital mediante publicação, por duas vezes, em jornal local de grande circulação, pelo prazo de quinze dias cada um, interpretado o silêncio do notificando como concordância.* (Lei nº 6.015 de 1973).

Para compreender como essa regra fere o direito ao contraditório e à ampla defesa, recorre-se novamente aos ensinamentos de Canotilho, que considera indispensável a efetiva participação do indivíduo na decisão que visa reconhecer, modificar ou extinguir um direito fundamental:

> *Com efeito, a participação no procedimento da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente ao direito fundamental. Por outras palavras: a participação procedimental é, ela mesma, o exercício de um direito fundamental.* (CANOTILHO, 2008, p. 73)

Ora, é de notório conhecimento as dificuldades existentes no momento da notificação de um indivíduo feita pelo cartório, e caso essa seja precária, conforme a regra contida no artigo 216-A da Lei de Registros Públicos, aconteceria uma clara violação ao direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, presumindo que o titular de direito real sobre o bem esteja concordando tacitamente com tal procedimento.

Se em um processo judicial a regra é a nomeação de um curador especial nesses casos, por qual motivo em um procedimento administrativo, cujas normas foram elaboradas sem a devida participação e influência popular, seria válido presumir uma declaração de vontade tácita?

Esse direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa deve ser visto como uma combinação de fatores: a necessidade de dar conhecimento amplo ao indivíduo sobre o procedimento em que ele tenha interesse e a possibilidade de reagir aos atos que lhe forem prejudiciais das maneiras mais amplas possíveis (JUNIOR, 2009). Claramente isso não ocorre no procedimento extrajudicial de usucapião da forma como está regulado.

Tomando como base os ensinamentos citados sobre os direitos fundamentais, percebe-se que esses são mais importantes do que uma busca por desafogar o Poder Judiciário ou pela celeridade e redução de custos nos procedimentos de usucapião.

Não que esses fatores sejam desconstituídos de relevância, mas isso deveria ser feito com uma maior participação da sociedade e dos profissionais da área, justamente

para evitar problemas futuros como o ajuizamento de ações declaratórias de inconstitucionalidade e reivindicatórias de propriedade dos titulares de direitos sobre os imóveis, que sequer participaram do procedimento extrajudicial responsável pela perda de seu direito fundamental: a propriedade privada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procurou-se demonstrar no presente artigo as falhas existentes no procedimento extrajudicial quando colocado em confronto com direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, em especial o direito à propriedade privada e o direito ao contraditório a à ampla defesa, tomando como base os ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho e José Afonso da Silva sobre a importância desses direitos fundamentais.

Para isso, foi realizada uma introdução básica, explicitando noções e conceitos sobre o instituto da usucapião como direito material e forma originária de aquisição da propriedade, tendo como fundamento a função social da propriedade, e da posse, além da necessidade de uma constante regularização fundiária urbana e rural.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, a usucapião era concretizada por um processo judicial, tendo inclusive um rito especial previsto no antigo diploma processual de 1973.

Mostrou-se a evolução histórica do procedimento extrajudicial da usucapião, até a entrada em vigor da recente Lei nº 13.465 de 2017, que consolidou as regras procedimentais dessa via administrativa.

O primeiro ponto que se conclui nesse artigo é de que a usucapião extrajudicial interfere e se relaciona com um direito fundamental de extrema importância para a sociedade: o da propriedade privada.

Para se elaborar uma lei que regula regras procedimentais de tamanho impacto em um direito fundamental, o mínimo exigido seria a devida participação popular e debate dos profissionais da área, o que claramente não aconteceu nesse caso, graças à crise política representativa vivenciada nos últimos anos.

Isso é evidenciado de forma clara na própria Lei nº 13.465 de 2017, que não tinha como objetivo principal a regulamentação da usucapião extrajudicial, mas mesmo assim acabou o fazendo.

O segundo ponto diz respeito especificamente à uma falha legislativa presente nesse procedimento administrativo, concernente à necessidade de notificação dos titulares de direitos reais do imóvel objeto do requerimento.

Ao contrário do processo judicial, onde é nomeado um curador especial para esses interessados que, por diversos motivos, não conseguiram ser notificados, na via administrativa existe uma presunção tácita de concordância com o pedido de usucapião.

Não seria correto presumir uma declaração de vontade de um indivíduo que pode sequer ter conhecimento do procedimento, e isso viola claramente o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Não devemos excluir por completo os benefícios do procedimento extrajudicial da usucapião, já que a celeridade e o baixo custo, além de um desafogo de demandas para o Poder Judiciário, são aspectos positivos e buscados cada vez mais na atualidade, mas o respeito ao processo legislativo legítimo e, principalmente, aos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal, jamais podem ser desconsiderados.

O mínimo que deveria ocorrer por partes dos profissionais do direito e dos órgãos públicos responsáveis nesse caso é um maior debate, confrontando opiniões diversas sobre os benefícios desse novo procedimento, trazendo à tona também os direitos fundamentais aqui invocados, de modo que o procedimento extrajudicial de usucapião possa existir sem desrespeitar preceitos constitucionais de tamanha importância para os indivíduos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 de junho de 2018.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 22 de junho de 2018.

BRASIL. Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispões sobres os registros públicos, e dá outras providencias. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 22 de junho de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível 1.0521.10.000002-0/001**. Relator(a): Des.(a) Ângela de Lourdes Rodrigues, 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 06/08/2015, publicação da súmula em 17/08/2015 Agravo de Instrumento 1.0434.05.000529-8/001. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>. Acesso em: 22 de junho de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 263**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula> Acesso em: 22 de junho de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 391**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>. Acesso em: 22 de junho de 2018.

PEREIRA, Cáio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – Direitos Reais.** 23. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais.** 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Direito Imobiliário – Teoria e Prática.** 11ª ed.Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Contratos e Atos Unilaterais.** 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da Função Social da Posse e sua consequência frente à situação proprietária.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

JUNIOR, Nelson Nery. **Princípios do processo na constituição federal.** 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais.** 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição.** Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

ROSENFIELD. Denis Lerrer. **Reflexões sobre o direito à propriedade.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.